الكفالة والحوالة

في الفقه المقارن

مع مقدمة في الخلاف وأسبابه

الدكتور عبد الكريم زيدان

الأستاذ بقسم الدين بكلية الآداب بجامعة بغداد

ساعدت جامعة بغداد على نشره

المكتب الإسلامي

مكتبة القدس

الكفالة والحوالة

في الفقه المقارن

مع مقدمة في الخلاف وأسبابه

الدكتور عبد الكريم زيدان
الأستاذ بقسم الدين بكلية الآداب بجامعة بغداد

المكتب الإسلامي
مكتبة القدس

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

فهذه خلاصة المحاضرات التي ألقيتها على طلبة ماجستير الشريعة بقسم الدين بكلية الآداب في جامعة بغداد في العام الدراسي ٧١ — ٧٢ في مادة الفقه المقارن — وقد جعلتها في قسمين :

القسم الأول : في المقدمة وتناولت في التعريف بالفقه ، والفقه المقارن ، وأسباب الاختلاف بصورة عامة ، واختلاف الفقهاء بصورة خاصة ، وموقفنا من هذا الاختلاف ، وجعلت هذه المقدمة في فصول متتابعة .

القسم الثاني : في دراسة موضوعي الكفالة والحوالة دراسة مقارنة في المذاهب الاسلامية المختلفة مع الاشارة إلى القانون المدني العراقي في أبحاث هذين الموضوعين وذلك في بابين ، الباب الأول لموضوع الكفالة ، والباب الثاني لموضوع الحوالة .

والله تعالى أسأل أن يوفقني إلى خدمة شريعته الاسلامية وأن ينتفع الناس بما أعرضه من معانيها ونظمها وأحكامها ، إنه نعم المولى ونعم النصير وهو حسبنا ونعم الوكيل والحمد لله رب العالمين .

الدكتور عبد الكريم زيدان

بغداد في ٢١ جمادى الأولى ١٣٩٥
١ حزيران ١٩٧٥

مقدمة

القسم الأول

الفصل الأول

التعريف بالفقه والفقه المقارن

التعريف بالفقه

١ ــ الفقه في الاصطلاح الشرعي : هو معرفة الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بالبحث والاجتهاد ، فاذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها فقه أيضاً .

٢ ــ وهذا الفقه الاجتهادي ما كان له وجود في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وإنما نشأ بعد وفاته عليه الصلاة والسلام . أما في عصر النبوة فكان الفقه فقه الوحي ، بمعنى أن الوحي الإلهي كان ينزل بالأحكام الشرعية بلفظها ومعناها في القرآن ، أو بمعناها دون اللفظ في السنة النبوية .

٣ ــ والفرق بين الفقهين ، أن فقه الوحي خلا من الاختلاف لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ الاحكام ويتلقاها منه المسلمون بالرضى والانقياد ، ولا مجال فيها للتعقيب ولا المناقشة ولا الاجتهاد ، وإنما هو السمع والطاعة والتلقي بكمال الانقياد . وقد يقال هنا : إن الفقه الاجتهادي وجد في عصر النبوة ونقلت لنا بعض مظاهره . فقد يكون المسلمون بعيدين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيضطرون إلى الاجتهاد لمعرفة حكم الشرع فيما يواجههم من وقائع وأحداث ، من ذلك ما رواه أبو داود وغيره أن رجلين كانا في سفر فادركتهما الصلاة فلم يجدا ماءً فتيمما وصليا ثم وجدا الماء قبل

خروج وقت الصلاة فتوضأ أحدهما وأعاد الصلاة ولم يعد الآخر ، فلما رجعا إلى المدينة وأخبرا النبي صلى الله عليه وسلم بما فعلا قال للذي لم يعد الصلاة : « أصبت السنة وأجزأتك صلاتك وقال للآخر الذي أعاد الصلاة: لك الأجر مرتين » . والجواب على هذا الاعتراض أو السؤال ، أننا لا ننكر وقوع مثل هذا الاجتهاد ولكنه ليس بمصدر مستقل للفقه لأنه كان يخضع لإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم أو إنكاره ، فإذا أقره صار شرعاً للأمة وإذا أنكره سقط ولم تعد له قيمة ، فشرعيته مستمدة من إقرار النبي عليه الصلاة والسلام لا من كونه اجتهاداً . وعلى هذا لم يكن في عصر النبوة اختلاف في الأحكام الشرعية وما كان الاجتهاد مصدراً مستقلاً لمعرفة الأحكام .

٤ — إن الفقه الاجتهادي الذي أصبح مصدراً للأحكام الشرعية ظهر — كما قلنا — بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ، لأن المسلمين ، وقد فقدوا رسولهم صلى الله عليه وسلم ، اضطروا إلى أن يواجهوا الوقائع والأحداث بما فهموه وعلموه من الأحكام الشرعية المنصوص عليها في القرآن والسنة ، وما لم يجدوا له حكماً في هذين المصدرين أعملوا عقولهم واجتهدوا في تعرف الحكم الشرعي في ضوء ما تعلموه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وما حفظوه من كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام . واجتهادهم هذا لم يكن معصوماً من الخطأ والاختلاف ، وهكذا فإنهم كانوا باجتهادهم قد يتفقون وقد يختلفون . والاختلاف وإن كان في عصر الصحابة قليلاً إلا أنه كان موجوداً ثم أخذ بالزيادة والاتساع فيما بعد لكثرة المجتهدين وكثرة الوقائع والأحداث وسعة رقعة البلاد الاسلامية . وهكذا اقترن ظهور الخلاف في الأحكام الشرعية بظهور الفقه الاجتهادي .

٥ — وبظهور المدارس الفقهية وأئمة الفقه في مختلف البلاد الاسلامية ووجود اتباع لهؤلاء الأئمة وتلك المدارس، ظهرت المناقشات والمناظرات بين الأئمة واتباعهم ، حيث أخذ يدافع كل إمام وأتباعه عن وجهات نظرهم الفقهية في المسائل الشرعية ، وكانوا في تلك المناظرات والمناقشات يبينون مآخذ الأئمة في اجتهاداتهم ومسالكهم في الاستنباط، وهكذا ظهر علم جديد عرف بعلم الخلاف أو الخلافيات كما يسميه العلامة ابن خلدون الذي يقول فيمن يتصدى لهذا العلم أن يكون على قدر كاف من المعرفة بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام كما يحتاج اليها المجتهد ، إلا أن الفرق بين الاثنين أن المجتهد يحتاج إلى هذه القواعد للاستنباط ، أما صاحب الخلافيات فهو يحتاج إليها لحفظ تلك المسائل المستنبطة من أن يهدمها المخالف بأدلته ، ثم يقول ابن خلدون في تقييمه وتقديره لهذا العلم : وهو لعمري علم جليل الفائدة في معرفة مآخذ الأئمة وأدلتهم ومران الطالبين له على الاستدلال عليه[1] .

٦ — والواقع أن علم الخلاف هذا هو الأساس الذي قام عليه الفقه المقارن ، لأن هذا الفقه يعنى بمقارنة وموازنة الآراء الفقهية في ضوء أدلتها التي استندت إليها وتقييم هذه الأدلة للوصول إلى الرأي الصواب أو الراجح .

٧ — والفقه المقارن يفترض وجود الاختلاف في الآراء الفقهية الاجتهادية لأنه بدون هذا الخلاف لاتقوم مقارنة ولا موازنة . ولكن هذا المفروض يجرنا إلى أن نتساءل : هل الاختلاف ضروري في كل فقه اجتهادي أم لا ؟ وإذا كان ضرورياً ولازماً لهذا الفقه ، فكيف نوفق

---

(١) ابن خلدون في مقدمته ص ٤٥٦ — ٤٥٧

بين ضرورة وقوعه وبين نهي الشريعة عن الاختلاف[٢] ؟ للجواب على هذا السؤال بشقيه لابد أن نتكلم عن مدى إمكان وقوع الاختلاف بين البشر وعن أنواع الاختلاف والمختلفين ثم عن أسباب الاختلاف ثم عن موقفنا من هذا الاختلاف وكل ذلك في الفصول التالية :

---

(٢) وردت نصوص كثيرة في النهي عن الفرقة والاختلاف ، منها في القرآن الكريم **(إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء)** وقوله تعالى **(واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا)** وقوله تعالى **(ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءتهم البينات)** وفي السنة النبوية « .. ولا تختلفوا فإن من كان قبلكم اختلفوا فهلكوا » .

الفصل الثاني

مدى إمكان وقوع الاختلاف بين البشر

٨ ــ البشر مختلفون في أشكالهم وألوانهم وألسنتهم اختلافاً هائلاً ، وهذا الاختلاف في الحقيقة من أعظم الآيات الدالة على عظيم قدرة ربنا تبارك وتعالى وقد أشار إليها القرآن الكريم قال تعالى :

(ومن آياته خلق السموات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم)

واختلاف البشر لايقف عند حد الشكل والصورة واللون واللسان وإنما يتجاوزه إلى ماهو أبعد من ذلك وأخطر : إلى مواهبهم واستعداداتهم الفطرية وميولهم ومداركهم وعقولهم وذكائهم وطبائعهم وقدراتهم على كبح جماح نفوسهم ونزواتهم واهوائهم إلى غير ذلك من الأمور الخطيرة . واختلافهم في هذه المجالات واسع جداً يصعب ضبطه والإحاطة به ، بل إن الانسان لايستطيع أن يحيط بأغوار نفسه وما انطوت عليه من ميول وما يضطرب فيها من هواجس وانفعالات ودواعي الرضى والسخط والمحبة والكره .

وهذه الاختلافات في الحقيقة من لوازم خلقة الإنسان وتكوينه ، ولو شاء الله لخلق البشر على نمط واحد كنسخ الصورة الواحدة ، ولكنه سبحانه وتعالى لم يشأ ذلك لأنه لو شاءه لما كان هذا النوع الانساني الذي نشاهده .

٩ ــ وقد ترتب ويترتب على اختلاف البشر كما ذكرناه ، اختلافهم في الآراء والتصرفات والاعتقادات وقد يصل ذلك الى

اختلافهم في البديهيات كالإيمان بالله تعالى وحده وعبادته وحده ، مما يدل على مافي طبيعة الانسان من استعداد مخيف للانحدار في الضلالة والجهالة والحماقة إلى حد إنكار وجود الخالق ورفض الانقياد له مع الرغبة في الانقياد لغيره ٠

١٠ ــ وإذا كان الاختلاف الذي وصفناه هو من لوازم خلقة الانسان وطبيعة تكوينه ومايترتب عليه من اختلاف في الآراء والمعتقدات، فإن الاختلاف بين البشر يبدو أمراً لابد منه ولا خلاص منه ٠ قال الله تعالى :

(ولو شاء ربك لجعل الناس امة واحدة ولا يزالون مختلفين إلا من رحم ربك ولذلك خلقهم) ٠

وفي تفسير الرازي بصدد هذه الآية الكريمة : « والمراد افتراق الناس في الأديان والأخلاق والأفعال »[٣] ٠

فالله جل جلاله لو شاء لخلق الناس على طبيعة واحدة ونسق واحد واستعداد واحد دون تفاوت فيما بينهم ولا اختلاف،وعند ذلك لايكون بينهم اختلاف في الأفكار والمعتقدات ، ولكن الله جل جلاله لم يشأ ذلك لأنه ليس من طبيعة هذا النوع الانساني الموجود على الأرض ، فخلق الله تعالى البشر على ماهم عليه من الطبيعة المنطوية على التفاوت الهائل بين آحاد الآدميين كما قلنا ، وما يؤدي إليه هذا الاختلاف إلى اختلاف في الآراء والتصورات والمدارك إلى حد الاختلاف في الحق الواضح الجلي ، ولا ينجو من هذا الاختلاف المقيت إلا أولئك الذين أدركتهم رحمة الله تعالى فهدوا إلى الحق المبين ، فهم لايختلفون فيه بل يتفقون

---

(٣) تفسير الرازي : ٧٦/١٨

إن كانوا مختلفين مع أهل الباطل المختلفين فيما بينهم[٤] . وقال الإمام أبو بكر الآجري « إن الله عز وجل قد أعلمنا في كتابه : أنه لابد من أن يكون الاختلاف بين خلقه ليضل من يشاء ويهدي من يشاء .. ثم ساق الآية الكريمة : ﴿ **ولو شاء ربك لجعل الناس أمة واحدة .. الخ** ﴾[٥] .

سؤال وجواب

١١ — وقد يرد إلى الذهن سؤال مؤداه ، إذا كان الاختلاف من لوازم الطبيعة البشرية كما قلنا فكيف نوفق بين هذا القول وبين ما قاله المفسرون في قوله تعالى :

﴿ **كان الناس أمة واحـدة فبعث الله النبيين مبشـرين ومنذرين وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه وما اختلف فيه إلا الذين أوتوه من بعد ما جاءتهم البينات بغياً بينهم فهدى الله الذين آمنوا لما اختلفوا فيه من الحق بإذنه والله يهـدي من يشاء إلى صراط مستقيـم** ﴾ .

وقوله تعالى : ﴿ **وما كان الناس إلا أمة واحدة فاختلفوا** ﴾ .

فقد قال المفسرون في الآية الأولى : كان الناس أمة واحدة متفقين على الحق ثم اختلفوا ، وكذلك قالوا في الآية الثانية وهذا التفسير هو الذي صرح به بعضهم ولم يذكر غيره ، وبعضهم ذكر غيره ولكن رجحه عليه . وجزم ابن القيم بأن هذا القول — أي كانوا على الحق ثم اختلفوا —

---

(٤) انظر في ظلال القرآن للمرحوم سيد قطب : ١٤٩/١٢ وفتح البيان لصديق حسن خان في تفسيره .

(٥) انظر كتاب الشريعة للآجري ص ١٤

هو القول الصحيح[٦] .

١٢ ـــ والجواب على هذا السؤال من وجهين :

الوجه الأول : ذهب بعض العلماء القدامى إلى أن المراد من كلمة (الناس) الواردة في قوله تعالى (**كان الناس أمة واحدة**) .

هو بنو آدم حين أخرجهم الله تعالى نسلاً من ظهر آدم فأقروا له بالوحدانية . وقال مجاهد : الناس آدم ، وسمى الواحد بلفظ الناس لأنه أصل النسل . وقال بعضهم : آدم وحواء . وقال ابن عباس فيما روي عنه : كانوا أمة واحدة على الكفر في زمن نوح عليه السلام أو على عهد ابراهيم عليه السلام . وقال القرطبي : ويحتمل أن تكون كلمة (كان) للثبوت والمراد الاخبار عن الناس ، الذين هم الجنس كله ، أنهم أمة واحدة في خلوهم عن الشرائع وجهلهم بالحقائق لولا أن منّ الله عليهم بالرسل ، فلا يختص (كان) على هذا التأويل بالمضي فقط[٧] . فإذا أخذنا بتفسير هؤلاء العلماء أو أخذنا بالاحتمال الذي ذكره القرطبي ، لايبقى مكان للسؤال أصلاً .

١٣ ـــ الوجه الثاني : إن ما قلناه عن طبيعة الانسان وما يترتب عليها من لزوم الاختلاف لاينفي حتمية وقوع الاختلاف بلا قيد ولا شرط وفي جميع الأحوال والظروف والأزمان ، كما لايعني استحالة الاتفاق بين البشر ولو إلى حين، وإنما يعني أن اختلاف البشر في طبائعهم وميولهم ومواهبهم .. الخ يجعل البشر مستعدين للاختلاف ، أي انّ

---

(٦) انظر تفسير ابن كثير : ١/٥٠ و ٣/٥٣٧ والرازي : ٦/١١ و ١٧/٦١ والآلوسي : ٤/١٠٠ و ١١/٨٩ والكشاف : ١/٢٥٥ و ١/٣٣٦ وصديق حسن خان : ١/٧٤٠ وإغاثة اللهفان لابن القيم : ٢/٢٠٤

(٧) تفسير القرطبي : ٣/٣٠ ـــ ٣١

الاختلاف مما يمكن صدوره منهم وحصوله فيهم إذا تهيأت ظروفه وأسبابه واتنفت دوافعه ، ومن دوافع وقوع الاختلاف وتعطل أسبابه في الانسان بقاء فطرته سليمة دون تلوث أو انحراف . ودليلنا على ذلك ما يأتي :

أولاً ـ قال ربنا جل جلاله :

(فأقم وجهك للدين حنيفاً فطرة الله التي فطر الناس عليها لاتبديل لخلق الله ذلك الدين القيم ولكن أكثر الناس لايعلمون) .

فالناس مفطورون على معرفة الله وتوحيده وهم متساوون في هذه الفطرة ، فإذا تركوا وفطرتهم ولم يحدث لهم ما يلوثها ويحرفها فإنهم لا يتجهون إلا إلى الحق ولا يتفقون إلا عليه ولا يختلفون إلا فيه . ولكن إذا حدث لهم ما يزيلهم عن فطرتهم أو يلوثها فإنهم سينحرفون عن الحق ويقعون في الاختلاف إلا من عصم الله ، لأن سبب هذا الاختلاف ـ وهو استعدادهم له ـ موجود في طبيعتهم وخلقتهم وتكوينهم ، فإذا زال المانع من افضاء هذا السبب إلى مسببه ونتيجته وهو بقاء فطرتهم سليمة وقعوا[٨] في الاختلاف .

ثانياً ـ الحديث الشريف الذي رواه الإمام مسلم في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما من مولود إلايولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه كما تنتج البهيمة بهيمة جمعاء هل تحسون فيها من جدعاء » . ثم يقول أبو هريرة : اقرؤوا إن شئتم **(فطرة الله التي فطر الناس عليها)**[٩] .

---

(٨) انظر تفسير ابن كثير : ٤٣٢/٣

(٩) صحيح مسلم بشرح النووي : ٢٠٧/١٦ ـ ٢٠٨

وفي حديث قدسي ذكره الإمام ابن كثير في تفسيره أن النبي صلى الله عليه وسلم قال فيما يرويه عن ربه تعالى : « .. وإني خلقت عبادي حنفاء كلهم وإنهم أتتهم الشياطين فاجتالتهم عن دينهم وحرمت عليهم ما أحللت لهم ، وأمرتهم أن يشركوا بي مالم أنزل به سلطاناً » فالبشر خلقهم الله تعالى على فطرة فيها الاستعداد الكافي لقبول الحق والاتفاق عليه يؤيد هذا الحديث « كل مولود لايولد إلا على الفطرة » ومعناه أن كل مولود يولد متهيئاً للاسلام كما قال النووي . وهذه الفطرة إذا بقيت سليمة فإنها تفضي إلى إدراك الحق والاستمساك به والاتفاق عليه ، ولكن قد يطرأ عليها ما يحرفها عن وجهتها الصحيحة ويمنع مقتضاها وهذا الطارىء قد يكون إضلال الوالدين أو المجتمع أو شياطين الانس والجن . كما جاء في الحديث القدسي . فإذا حصل مثل هذا الانحراف عن الحق وقع الناس في الاختلاف . وهذا يشبه حالة الانسان من جهة استعداده لاكتساب العافية أو ضدها ، وتكون الغلبة لأحد هذين الاستعدادين بالنظر لتوافر أسبابهما ، فإذا توافرت أسباب العافية اكتسبها الانسان وإذا توافرت أسباب المرض فقد العافية واكتسب المرض . وهكذا الانسان في مسألة الهدى والضلال ،والاتفاق والاختلاف . فإنه إذا بقي على فطرته الأولى هدي إلى الحق واتفق عليه مع المهديين ، وصاروا جميعاً من المرحومين . وإذا انحرفت فطرهم ظهر أثر الطبيعة البشرية وقابليتها للانحراف عن الحق والاختلاف فيه فيصيرون مع الذين **(ولا يزالون مختلفين)** .

الاختلاف بين المسلمين

١٤ ـ وإذا كان الاختلاف بين البشر من لوازم طبيعتهم وخلقتهم

على النحو الذي بيناه ، فهل يسري على المسلمين فيختلفون كما اختلف غيرهم ؟ الواقع أن القرآن الكريم حذرنا من الاختلاف وتوعد عليه وكذلك السنة النبوية المطهرة . ومع هذا التحذير فالاختلاف بين المسلمين وقع فيما مضى ، وهو واقع الآن ، وسيقع في المستقبل أيضاً ، تحقيقاً للوعد الصادق المصدوق صلى الله عليه وسلم حيث قال « لتتّبعن سنن من كان قبلكم شبراً بشبر وذراعاً بذراع حتى لو دخلوا في جحر ضب لاتبعتموهم : قلنا يارسول الله اليهود والنصارى ؟ قال : فمن »(١٠) وقد كان من سنن الذين قبلنا الاختلاف والافتراق فلا بد أن يقع فينا ما وقع فيهم ، وهذا ما جاء صريحاً في أحاديث افتراق الأمة ، ومنها الحديث الشريف « افترقت اليهود على إحدى وسبعين فرقة وتفرقت النصارى على اثنين وسبعين فرقة وتفرقت أمتي على ثلاث وسبعين فرقة »(١١) . بل وقد يصل الاختلاف إلى حد القطيعة والخصام ، فقد روى الإمام مسلم عن ثوبان قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « وإني سألت ربي لأمتي أن لايهلكها بسنة بعامة وأن لايسلط عليهم عدواً من سوى أنفسهم فيستبيح بيضتهم ، وان ربي قال : يامحمد ، إني إذا قضيت قضاء فإنه لايرد وإني أعطيتك لأمتك أن لا أهلكهم بسنة بعامة وأن لا أسلط عليهم عدواً من سوى أنفسهم يستبيح بيضتهم ولو اجتمع عليهم من بأقطارها أو قال بين أقطارها ، حتى يكون بعضهم يهلك بعضاً (١٢) ، ومن الواضح أن هلاك بعض الأمة على يد البعض الآخر يستلزم وقوع الفرقة والخلاف على نحو شديد يؤدي بهم إلى الخصام المهلك .

(١٠) مختصر صحيح مسلم للمنذري : ٢٩١/٢
(١١) فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي : ٢٠/٢
(١٢) مختصر صحيح مسلم ٢٩١/٢

١٥ ــ **وقد يقال هنا : ما وجه الحكمة إذن في التحذير من** الاختلاف والفرقة إذا كان في علم الله تعالى أن هذا المحذور سيقع كما أخبرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

والجواب : ان الخلاف الذي سيقع لايعم الأمة كلها ، فقد أخبرنا الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بأنه « لاتزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خالفهم حتى تقوم الساعة » ، أو كما قال عليه الصلاة والسلام . وفي حديث آخر «لاتجتمع أمتي على ضلالة» . ولا شك أن التحذير من الفرقة والاختلاف تنتفع به هذه الطائفة فتبقى مستمسكة بالحق متفقة عليه وإن خالفها من خالفها . وأيضاً فإن نفس العلم بما يكره الله تعالى ــ وهو الفرقة ــ وما يحبه الله تعالى ــ وهو الاجتماع والاتفاق ــ والتصديق بوقوع ما أخبرنا الله به ، كل ذلك خير للمسلم لما فيه من زيادة يقين المسلم بإخبارات الشرع . ثم ان هذا التحذير من معاني الرسالة ، ومن المعلوم أن تبليغ معاني الرسالة واجب وإن علم الله سبحانه وتعالى عدم الاستجابة لهذه المعاني أو بعضها من قبل بعض الناس أو كلهم . ثم إن المسؤولية وما يترتب عليها من جزاء لاتكون إلا بعد الإبلاغ والإنذار ، قال تعالى :

﴿ وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا ﴾ .

فلا بد من التحذير من الاختلاف والنهي عنه حتى تقوم الحجة على الناس وتحق كلمة العذاب على المخالفين لنهي الله تعالى وتحذيره.

الفصل الثالث

أنواع الاختلاف والمختلفين

١٦ – تمهيد

قلنا في الفصل الثاني أن الاختلاف بين البشر أمر تقتضيه طبيعتهم البشرية وما جبلوا عليه إذا ما توافرت أسباب الفرقة والاختلاف ولهذا فلا غرابة من وقوعه إذا وقع . إلا أن هذا الاختلاف لايعني أن جميع أنواعه من النوع الذميم ، ولا أن جميع المختلفين مذمومون ، فالواقع أن في المسألة تفصيلاً ، ذلك أن استقراء أحوال الاختلاف والمختلفين يكشف لنا أن الاختلاف ثلاثة أنواع :

الأول – اختلاف مذموم ، وأهله مذمومون .

الثاني – اختلاف ممدوح وأهله ممدوحون .

الثالث – اختلاف سائغ مقبول وأهله مأجورون .

فلا بد من الكلام عن هذه الأنواع الثلاثة في مباحث متتابعة .

المبحث الاول

الاختلاف المذموم

١٧ – أولاً – اختلاف الكفر والإيمان

ونعني بهذا الاختلاف مخالفة الكفرة للمؤمنين بأصل العقيدة الاسلامية وهي الايمان بالله ورسله واليوم الآخر ، فقد يوجد في البشر من يخالف بهذه الأصول فيجحدها أو يحملها من الباطل مايخرجها عن معانيها الحقة الصحيحة ، وقد أشار القرآن الكريم إلى هذا النوع من الخلاف في أكثر من آية حيث يقسم البشر إلى مؤمنين بالله ورسله واليوم الآخر ، وإلى مخالفيهم في هذه الأصول وهم الذين يسميهم القرآن الكريم بالكفار ، وخلافهم هذا مذموم قطعاً ، قال تعالى :

(هذان خصمان اختصموا في ربهم فالذين كفروا قطعت لهم ثياب من نار يصب من فوق رؤوسهم الحميم يصهر به مافي بطونهم والجلود ولهم مقامع من حديد كلما أرادوا أن يخرجوا منها من غم أعيدوا فيها وذوقوا عذاب الحريق ‹ إن الله يدخل الذين آمنوا وعملوا الصالحات جنات تجري من تحتها الأنهار يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤ ولباسهم فيها حرير ، وهدوا إلى الطيب من القول وهدوا إلى صراط الحميد) ‹

وقد ذكر الإمام ابن كثير في تفسيره أن المقصود من قوله تعالى :

(هذان خصمان) ‹

هم المؤمنون والكافرون ‹ وقال : هذا هو المنقول عن مجاهد

وعطاء ، وهو اختيار ابن جرير ، وقد رجحه ابن كثير ، وهو قول صاحب الكشاف واختيار الرازي حيث قال : المراد طائفة المؤمنين وجماعتهم ، والكفار وجماعتهم وان كل الكفار يدخلون في ذلك[١٣]
وقال تعالى :

(تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلّم الله ورفع بعضهم درجات وآتينا عيسى ابن مريم البينات وأيدناه بروح القدس ، ولو شاء الله ما اقتتل الذين من بعدهم من بعد ما جاءتهم البينات ولكن اختلفوا ، فمنهم من آمن ومنهم من كفر ولو شاء الله ما اقتتلوا ولكن الله يفعل مايريد) .

فاختلاف تلك الاقوام صيّرهم فريقين : فريق المؤمنين ، وفريق الكافرين . والكافرون يخالفون الحق ومخالفون للمؤمنين ، وخلافهم مذموم قطعاً .

١٨ — ومن هذا الخلاف المذموم خلاف الجاحدين بنبوة محمد صلى الله عليه وسلم ، فكل من بلغته دعوة الاسلام ورفضها وخالفها فخلافه مذموم قطعاً لا يقبل الله تعالى منه عملاً . قال تعالى :

(ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين) .

١٩ — ثانياً — خلاف اهل الأهواء والبدع

ومن الخلاف المذموم خلاف أهل الأهواء والبدع من المنتسبين إلى الاسلام . وسموا بأهل الأهواء نسبة إلى الهوى ، أي : ماتهوى أنفسهم ، وإن خالف الحق بتأويلات فاسدة وباطلة لاتقبلها نفس المؤمن إلا إذا خالطها الهوى . ومن أهل الاهواء : الخوارج الذين تأولوا

---

(١٣) تفسير ابن كثير : ٢١٢/٣ و الكشاف للزمخشري : ١٥/٣ و تفسير الرازي : ٢١/٢٥

القرآن حسب أهوائهم فخالفوا الحق الذي عليه جماعة المسلمين وانفصلوا عنهم واستحلوا قتالهم ، وقد وردت في حقهم أحاديث صحيحة منها ما رواه مسلم في صحيحه « يخرج في هذه الأمة قوم تحقرون صلاتكم مع صلاتهم ، يقرأون القرآن لايجاوز حلوقهم أو حناجرهم يمرقون من الدين مروق السهم من الرمية »[١٤] وفي حديث آخر « ... هم شر الخلق أو من أشر الخلق يقينهم أدنى الطائفتين إلى الحق[١٥] » .

وسموا بالخوارج لخروجهم عن جماعة المسلمين ، وسموا أيضاً بالحرورية نسبة إلى قرية حروراء التي ظهروا بها قرب الكوفة .

٢٠ — ومما يستفاد من الأحاديث الشريفة بشأن الخوارج وخلافهم المذموم ، أن الرجل يضل إذا اتبع هواه ، وإن كان كثير العبادة ، وبهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما وقد ذكر له الخوارج واجتهادهم في العبادة ، قال : « ليسوا بأشد اجتهاداً من اليهود والنصارى وهم على ضلالة »[١٦] .

٢١ — وأهل البدع بصورة عامة هم الذين يحدثون في الاسلام مالم يشرعه الله ورسوله ولذلك يقعون في مخالفة الشرع وسنن الاسلام. وحدّ البدعة في الاصطلاح الشرعي : هي كل مالم يشرعه الله ورسوله، وهو ما لم يأمر به الشرع الاسلامي الحنيف أمر إيجاب ولا استحباب. فأما ما أمر به أمر إيجاب أو استحباب ، وعلم الأمر به بالأدلة الشرعية فهو من الدين الذي شرعه الله . وسواء كان هذا معمولاً به على عهد

---

(١٤) صحيح مسلم بشرح النووي : ١٦٤/٧
(١٥) صحيح مسلم بشرح النووي : ١٦٧/٧
(١٦) الشريعة للآجري ص ٢٨

النبي صلى الله عليه وسلم أو لم يكن معمولاً به في زمانه صلى الله عليه وسلم ولكن مما عمل به بعده بأمره مثل قتال المرتدين والخوارج ،فهذا من سننه وليس خارجاً عنها ، وكذلك سنة الخلفاء الراشدين هي من الدين لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر باتباعها(١٧) .

٢٢ — وما يجب أن يعلم يقيناً أنّ خلاف المبتدع مذموم قطعاً وخطير جداً لأن المبتدع يعتقد أنه يتدين ببدعته ويتصور أنه على الحق وأن المخالفين له على الباطل ، ولذلك قال من قال من السلف : إن البدعة شر من المعصية الظاهرة المعروفة لأن البدعة قد لا يعرفها الناس ويظنونها من الدين ولا يرون بأساً من اتباعها بل وقد ينكرون على من ينكرها ، وصاحب البدعة قد لا يتوب منها ، لأن من مقدمات التوبة أن يعلم الانسان خطأ ما هو عليه ومخالفته للشرع ، والمبتدع لا يعتقد ذلك . ولخطورة البدعة وذم الخلاف بسببها جاءت الأحاديث الصحيحة محذرة منها ومن شرورها قال صلى الله عليه وسلم : « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » وكان صلى الله عليه وسلم يقول في خطبته بعد أن يحمد الله ويثني عليه : من يهد الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، أصدق الحديث كتاب الله عز وجل وأحسن الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم ، وشر الأمور محدثاتها وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار » وقال الإمام القرطبي في تفسير قوله تعالى :

(إن الذين فرقوا دينهم وكانوا شيعاً لست منهم في شيء إنما أمرهم إلى الله ثم ينبئهم بما كانوا يفعلون) .

قال رحمه الله : كل من ابتدع وجاء بما لم يأمر الله عز وجل به

---

(١٧) مجموع الفتاوى لابن تيمية : ١٠٨/٤

فقد فرق دينه شيعاً[١٨]. وقال الرازي بصدد تفسير هذه الآية : « واعلم أن المراد من الآيـة الحث على أن تكون كلمـة المسلمين واحدة وأن لايتفرقوا في الدين ولا يبتدعوا البدع »[١٩].

٢٣ – ثالثاً – اختلاف مقلدة المذاهب

ومن الاختلاف الذميم مايقع بين المقلدين للمذاهب الاسلاميـة فتجد كل فريق منهم يتعصب لمن قلده من الأئمة ، يعتقد أن مايخالف قول امامه أو مذهبه باطل قطعاً ، ثم يرتب على ذلك نتائج خطـيرة مفرقة للكلمة ومشتتة للشمل مثل عدم الصلاة خلف من يخالفه في المذهب ، وربما حمل في قلبه عليه كرهـاً وضغينة ، وربما تجـاوز الأمر إلى الخصومات والمشاجرات . ولا شك أن هذا النوع من الخلاف مذموم قطعاً ولا وجه له لأن المذاهب الاسلامية ماهي إلا وجوه لتفسير نصوص الشريعة في القرآن والسنة ، واستنباط الأحكام على أساسها . ومن المصادر التي أرشدت إليها هذه النصوص ، والمسلم إنما يقلد هـذه المذاهب لأنها مظنة الصواب وإيصال المقلد إلى أحكام الشرع ، وأن هذه المظنة شائعة بين أهل الاجتهاد والحق وأئمة المـذاهب ، وليست مقصورة على واحد منهم فلا وجه للتعصب لأحدهم ومعاداة اتبـاع الآخرين وترك الصلاة خلفهم مثلاً . إن على هذا المقلد أن يعلم أن الأئمة السابقين كان كل واحد منهم يحب الآخر ويصلي خلفه ويوادده ولا يعاديه ، فكيف يسوغ لهذا المقلد أن يسلك غير مسلكهم الـذي يدعي اتباعه ؟

---

(١٨) تفسير القرطبي : ١٤٩/٤
(١٩) تفسير الرازي : ٨/١٤

٢٤ – رابعاً – الاختلاف بين المقلدين وغيرهم

ومن الاختلاف الذميم مانجده بين المقلدين وغيرهم من منكري التقليد الذين يرفضون التقليد أو يأخذون به ، ولكن إذا ظهرت لهم السنة النبوية اتبعوها وتركوا قول متبوعهم . فقد ينكر متبع السنة على المقلد شيئاً يتركه في صلاته مثلاً والسنة جاءت به ، مثل رفع اليدين في الصلاة عند الركوع وعند الرفع منه ، فلا يقبل المقلد هذا الانكار بحجة أن إمامه لم يقل برفع اليدين في هذه المواضع ، فيشتد عليه متبع السنة ويغلظ عليه وربما عاداه على ذلك وأحل لنفسه مخاصمته وربما جعل ذلك شعاراً له في موالاته ومعاداته ، وربما وقع فيما لا يحل له من الكلام عليه ، وكل هذه الأمور مذمومة وتؤدي إلى الخلاف المذموم لأن التفرق حرام والائتلاف واجب ، ورفع اليدين مثلاً من هيئات الصلاة وليست من اركانها وفروضها ، والقائم بهذه الهيئة محسن قطعاً متبع للسنة النبوية ، وتاركها غايته أن يكون معذوراً لجهله بها ، ولكن هذا كله لايستدعي المخاصمة ولا المعاداة ولا الانكار الغليظ ، وإنما يقتضي التلطف بالبيان والنصح والإرشاد إلى السنة ، فإذا لم يأخذها المقلد تقليداً لإمامه فلا تجوز مقاطعته أو معاداته ، لأن الاجتماع واجب، وليس من المستساغ ترك الواجب من أجل ترك المستحب . وهكذا يقال بالنسبة للأمور الأخرى التي يفعلها أو يتركها المقلد ، والسنة جاءت بخلافها : تلطف بالدلالة على السنة وابقاء للمودة وترك للمخاصمة والتفرق .

٢٥ – خامساً – الاختلاف بين المتصوفة والمتفقهة

ومن الخلاف المذموم مانجده بين المتصوفة والمتفقهة فالثانية قد تنكر على الأولى كل ماتدعيه من أحوال القلوب ولزوم تزكية النفس

وتصفيتها . والأولى تنكر على الثانية تمسكها بالظاهر واعتنائها به .
وهذا الخلاف بين الطرفين يؤدي الى التفرق والتقاطع والتباغض فتجد
في قلب أحدهم على الآخر من الكراهية والحقد مالا ينبغي أن يوجد
مثله إلا بالنسبة للخارجين على الدين . والصواب في مسألة الخلاف
بين الفريقين أن ماجاء به الكتاب والسنة مما عند كل طائفة هو الحق ،
وما نهى عنه الكتاب والسنة مما عند كل طائفة هو الخطأ والباطل ، لأن
الشرع جاء بأعمال القلوب وأحوالها وتزكيتها ، كما جاء بالعبادات
الظاهرة وكيفية إقامتها وشروط صحتها ، فلا يجوز إهمال الباطن ولا
إهمال الظاهر ، كما لا يجوز الاستهانة بأحدهما . كما أن كل طائفة
من هاتين الطائفتين مجتهدة في جانب من الدين وكل مسلم محتاج الى
معرفة بهذين الجانبين : علم الباطن وعلم الظاهر أي : عبودية القلب
وعبودية الجوارح ، أو تزكية النفس وأحكام العبادات الظاهرة . وقد
يصل البعض إلى الإمامة في هذا الجانب دون ذاك وإن كان لايجهل
مايلزم المسلم علمه والعمل به من الجانب الآخر ، فأبو حنيفة والشافعي
ومالك وأحمد بن حنبل وأمثالهم رضي الله عنهم أئمة في الفقه عرفوا به
واشتهروا ، وإن لم يشتهروا بفقه الباطن أو مايسمى بالتصوف ، وإن
كانوا عرفوا منه ما يحتاج المسلم إلى معرفته والعمل به ، وان كان
أحمد بن حنبل اشتهر بأعمال القلوب أيضاً . والجنيد البغدادي والفضيل
ابن عياض وعبد الله بن المبارك كانت شهرتهم في معرفة النفس وتزكيتها
وإن لم يجهلوا من المعرفة بالفقه الظاهر مايحتاج المسلم إلى معرفته
والعمل به . ثم إن حقائق التصوف أو فقه تزكية النفس وتطهير القلب
من نجاساته ، كل ذلك موزون بالشرع الاسلامي : الكتاب والسنة ،
ولهذا قال الجنيد رحمه الله تعالى : علمنا هذا مقيد بالكتاب والسنة ،
فمن لم يقرأ الكتاب ويكتب الحديث لايصلح أن يتكلم في علمنا .

وقال الصوفي أبو عمرو بن نجد : كل وجد لايشهد له الكتاب والسنة فهو باطل • وقال أبو سليمان الداراني : إنه ليقع في قلبي النكتة من نكت القوم فلا أقبلها إلا بشاهدين : الكتاب والسنة •

٢٦ — وإذا كان علم هذه الطائفة ـ المتصوفة ـ يقوم على الكتاب والسنة فالمقبول مما عندهم هو ما وافق الكتاب والسنة ، والمرفوض المردود مما عندهم هو ما خالف الكتاب والسنة ، فلا يجوز الغلو فيهم وفي طريقتهم وما هم عليه من اجتهاد في أمور الباطن وتنزيلهم منزلة العصمة ، فإن شأنهم شأن المجتهدين الآخرين مع الفقهاء ، قد يصيبون وقد يخطئون ، والمخطىء منهم قد يكون معذوراً وقد لايكون• ثم إن مجرد الانتساب إلى التصوف لايعطي صاحبه صيانة ومناعة من نقده إذا أخطأ أو أساء ، فكل إنسان يؤخذ منه ويرد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم •

٢٧ — أما المتفقهة وهم في الاصطلاح : المتفقهون في أحكام الاسلام المتعلقة بالظاهر ، وإن كان الفقه في أصله يشمل التفقه في أمور الدين الاسلامي كلها ، ما تعلق منها بالباطن أو الظاهر ، ولكن صار في الاصطلاح يطلق على أعمال الظاهر ، فهم إذن على خير كثير لانهم يتعلمون ما أنزل الله ويتفقهون به ويعلمونه للناس ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين » وقد رفع الله شأنهم ، قال تعالى:

(يرفع الله الذين آمنوا والذين أوتوا العلم درجات) •

وما رفعه الله لا يخفضه إنسان • ولكن على المتفقهة أن يعرفوا أيضاً أن من جملة ما أنزل الله معرفة تزكية النفس والاهتمام بأحوال القلب وإدامة اتصاله بالله تعالى، فلا يجوز الإنكار على المتصوفة المهتمين بهذا الجانب مادام اهتمامهم مقيداً بمعاني الشرع • كما أن المتفقهة قد

يقعون في الخطأ لأنهم غير معصومين ، وان مجرد الانتساب إلى طائفة من المتفقهة لايعطي صاحبه صيانة من النقد إذا أخطأ ، ولا عصمة من الوقوع في الخطأ ، فقد انتسب الى طوائف من المتفقهة بعض المبتدعين مثل بشر المريسي حيث كان منتسباً إلى المذهب الحنفي مع أنـه كان صاحب بدعة في بعض اعتقاداته ، ومثل كثير من المعتزلة كانوامنتسبين في الفقه إلى بعض المذاهب ومع ذلك فقد ردت عليهم بدعهم التي قالوها في باب العقائد ، فضلاً عن الرد عليهم في أخطائهم في الفقه الظاهري •

٢٨ — وأصل المسألـة أن الانتساب إلى الاسـلام وهو أعظم انتساب ، ويترتب عليه أحكام خطيرة في الدنيا والآخرة ، ومع ذلـك الانتساب الشرعي الممدوح فإن المسلم لا ينجو من التجريم والتخطئة أو التبديع أو الارتداد أو العصيان ، إذا قام فيه ما يدعو إلى ذلـك فنسبة المسلم إذن إلى طائفة معينة من التصوف أو الفقـه أو إلـى شيخ معين أو إلى فقيه معين ، لايعني أن ما يأتيه هو أو طائفته أوشيخه أو إمامه ، هو حق كله وصواب كله ، ويحرم على الآخرين الرد عليه ، وإن ما خالفه مما عند الآخرين خطأ وباطل ، فهذا وهم لم يقل به أحد ، وإنما الحق مـا وافق الشرع ، والباطل ما خالفـه سواء كان ذلك عند المتصوفة أو عند المتفقهة • فإذا عرف ذلك كله أمكن ، إن شاء الله تعالى ، أن يتجنب المتصوفة والمتفقهة وأتباعهم الوقوع في الخلاف المـذموم وانتفع كل فريق بمـا عند الآخر من علم شرعي ومعرفة حقة ، ومـا اختلفوا فيه من الأمور الاجتهادية عذر بعضهم بعضاً ولم يؤثر ذلك في مودتهم وتآلفهم واجتماعهم •

المبحث الثاني

الاختلاف الممدوح

٢٩ ـ أولاً ـ مخالفة المسلمين للمشركين :

من الاختلاف الممدوح شرعاً مخالفة المسلمين للمشركين، فالمسلمون وإن كانوا متفقين على دينهم الحق إلا أنهم يختلفون مع أهل الباطل الذين يتدينون بغير الاسلام. فمخالفة المسلمين لغيرهم اختلاف ممدوح قطعاً لأنه من لوازم استمساكهم بدينهم الحق وبقائهم عليه، والشريعة الاسلامية أمرت بمخالفة المشركين والنهي عن التشبه بهم سواء كان ذلك في اعتقاداتهم الباطلة وأهوائهم، أو عاداتهم وعباداتهم وأحوالهم الظاهرة فيما يتميزون به. وسواء كان ذلك النهي على وجه الحتم والإلزام، أو على وجه الاستحباب. وفقه هذا النهي أن المشابهة وإن كانت في أمورهم الظاهرة فقد تجر إلى مشابهتهم في عقائدهم الباطلة. هذا، وإن النهي عن مشابهتهم ليس في منزلة واحدة، ولهذا قلنا: إن الأمر بمخالفتهم قد يرد على وجه الإيجاب، وقد يرد على وجه الاستحباب.

٣٠ ـ ومن الأدلة الشرعية على أن الشريعة أمرت بمخالفة المشركين في هديهم الظاهر أو الباطن قوله تعالى:

(ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ، ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون إنهم لن يغنوا عنك من الله شيئاً ، وإن الظالمين بعضهم أولياء بعض والله ولي المتقين) .

وقد دخل في قوله تعالى: **(الذين لا يعلمون) .**

كل من خالف شريعته و **(أهواءهم)** هي مايهوونه ، وما عليه

المشركون من أحوالهم الظاهرة التي هي من موجبات دينهم الباطل وتوابع ذلك[٢٠] •

وقال تعالى :

(ومن يشاقق الرسول من بعد ماتبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا) •

فمن الواضح أن ماعليه المبطلون من أهل الشرك وأتباعهم هو غير سبيل المؤمنين قطعاً ، فتكون مخالفته واجبة قطعاً ، واتباع سبيل المؤمنين في أحوالهم وسننهم واجب قطعاً •

٣١ — وفي السنة النبوية ، نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة وقت طلوع الشمس ووقت الغروب معللاً ذلك النهي بـأن الكفار يسجدون لها في ذلك الوقت • فمنعاً من مشابهة المسلمين لهم في الظاهرة التي هي من موجبات دينهم الباطل وتوابع ذلك[٢٠] •
عن النبي صلى الله عليه وسلم « خالفوا المشركين ، احفوا الشوارب واعفوا اللحى » فعلم من هذا الحديث الشريف أن مخالفتهم أمر مقصود للشارع • وفي حديث آخر « غيروا الشيب ولا تشبهوا باليهود » وهذا صريح في أن مخالفتهم حتى في الأمور التي لادخل للمسلمين في حدوثها كالشيب ، هي من الأمور المقصودة في الاسلام • وفي حديث نبوي شريف « من تشبه بقوم فهو منهم » أي صار منهم في القدر المشترك الذي شابههم فيه •

٣٢ — ومن شروط أهل الذمة المعروفة عند الفقهاء أن يخالفوا هدي المسلمين في أحوالهم الظاهرة ، مما يدل على إجماع الفقهاء على مشروعية

---

(٢٠) اقتضاء الصراط المستقيم لابن تيمية ص ١٤

مخالفة المسلمين لغيرهم حتى في الأمور والأحوال الظاهرة ، وعدم التشبه بهم ، وإن اختلف الفقهاء في بعض الجزئيات ، وهل تندرج في أصل المخالفة المشروعة أولا تندرج ومن ثم لا ينهى عنها ، فهذا الخلاف بين الفقهاء في هذه الجزئيات لايمس أصل المخالفة وانه واجب .

٣٣ — وإذا كان الأصل الوجوب أو الاستحباب في مخالفة المشركين وأمثالهم في أحوالهم وعاداتهم وأفعالهم ، فإنه يجوز للمسلمين على سبيل الاستثناء والرخصة في بعض الأحوال ترك مخالفتهم لمصلحة دينية أو لدفع شرهم والحذر منهم ، قال الإمام ابن تيمية رحمه الله تعالى « لو أن المسلم بدار الحرب أو دار كفر ، لم يكن مأموراً بالمخالفة لهم — أي للكفار — في الهدي الظاهر ، لما عليه في ذلك من الضرر ، بل قد يستحب للرجل أو يجب عليه أن يشاركهم أحياناً في هديهم الظاهر إذا كان في ذلك مصلحة دينية : من دعوتهم إلى الدين ، والاطلاع على باطن أمرهم لإخبار المسلمين بذلك ، أو دفع ضررهم عن المسلمين ونحو ذلك من المقاصد الصالحة »(٢١) .

٣٤ — ثانياً — مخالفة الجاهلية

ومن الخلاف الممدوح مخالفة المسلم لأحوال الجاهلية في عباداتها وأعيادها وتقاليدها وعاداتها وأعمالها وأخلاقها المذمومة . والجاهلية هي كل ما خالف ويخالف ما جاء به الاسلام وهي غير مقصورة على زمن أو مكان دون مكان ، وإن غلب إطلاقها على الفترة التي سبقت ظهور الاسلام ، وعلى أحوال العرب في تلك الفترة . وقد دلت السنة الصحيحة على مشروعية مخالفة أفعال الجاهلية ، من ذلك مارواه الشيخان البخاري ومسلم « ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب

---

(٢١) المصدر السابق ص ١٧٦ — ١٧٧

ودعا بدعوى الجاهلية » وهذه الإضافة وهي دعوى الجاهلية ـ أي ندب الميت ـ تشير إلى ذم ما كان عليه أهل الجاهلية لأن إضافتها إلى الجاهلية خرج مخرج الذم ، وهذا كما في قوله تعالى :

(ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى) .

فإن ذلك ذم للتبرج وذم لحال الجاهلية الأولى ، وذلك يقتضي المنع من مشابهتهم[٢٢] . ولا يقال : إن من أمر الجاهلية ما أقره الاسلام، لأن ما أقره الاسلام صار من جملة ماشرعه فلم تعد له صلة بالجاهلية ، ولهذا قلنا في تعريف الجاهلية : هي كل ما خالف الاسلام . فإذا أطلقت الجاهلية أريد بها أحوالهم التي كانوا عليها وهي بلا شك كانت تخالف ماجاء به الاسلام .

ومن أدلة مشروعية مخالفة الجاهلية الحديث الذي رواه الامام مسلم في صحيحه « اربع في أمتي من أمر الجاهلية لايتركونهن الفخر في الأحساب والطعن في الانساب والاستسقاء بالنجوم والنياحة » فهذه الأمور الأربعة من أفعال الجاهلية المذمومة التي توجد في المسلمين ويفعلها بعضهم أو كثير منهم وهذا ذم لمن يفعلها ولا يتركها .

هذا وإن الجاهلية قد تكون في بلد دون بلد ، وقد تكون في شخص دون شخص ، وقد تكون في بعض خصالها في المسلم الجيد الاسلام ، جاء في الحديث الشريف حيث قال صلى الله عليه وسلم لأبي ذر رضي الله عنه ـ وقد عير رجلاً بأمه ـ : « انت امرؤ فيك جاهلية » .

٣٥ ـ وإذا كان المطلوب من المسلم مخالفة أفعال الجاهلية ، وهذا إنما يتم بهجرها وتركها والعزوف عنها ، فمن البديهي لايجوز له

(٢٢) اقتضاء الصراط ص ٦٩

احياؤها أو طلبها أو الدعوة إليها ، جاء في الحديث الشريف « أبغض الناس إلى الله ثلاثة : ملحد في الحرم ، ومبتغ في الإسلام سنة الجاهلية، ومطلب دم امرىء بغير حق ليهريق دمه » والابتغاء : هو الطلب والإرادة. فكل من أراد في الاسلام أن يعمل بشيء من سنن الجاهلية دخل في هذا الحديث الشريف . والمقصود بسنة الجاهلية : عاداتهم في العبادات وغيرها. وإطلاق كلمة السنة على فعل الجاهلية وارد على أصل اللغة[٢٣]. لأن السنة في اللغة : الطريقة والعادة التي تتكرر .

---

(٢٣) فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى : ٨١/١

المبحث الثالث

الاختلاف السائغ المقبول

ماهيته وأدلة مشروعيته

٣٦ ـ المقصود من هذا الاختلاف ، اختلاف المجتهدين من فقهاء وحكام ومعنيين في المسائل الاجتهادية التي يسوغ فيها الاجتهاد والاختلاف . وأدلة مشروعية هذا النوع من الاختلاف كثيرة منها :

أولاً ـ جاء في الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد فأخطأ فله أجر واحد » . ووجه الدلالة بهذا الحديث الشريف أنه صريح في إمكان خطأ المجتهد ، وفي ذلك إمكان وقوع الاختلاف بين المخطىء والمصيب ، وقد تحقق هذا الإمكان بوقوع الاختلاف فعلاً . كما أن الحديث الشريف يقرر حصول الأجر للمصيب وللمخطىء ، أي للمجتهدين المختلفين فدل ذلك على أن اختلافهم سائغ مقبول ، لأن الأجر لا يترتب على فعل شيء مذموم ولا يناله مرتكب الخلاف المذموم .

ثانياً ـ اختلف الصحابة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، من ذلك اختلافهم في فهم أمره لهم بأداء صلاة العصر في بني قريظة ، حيث أمر بذلك صلى الله عليه وسلم ـ عند توجهه إلى بني قريظة ـ فلما أدركتهم الصلاة في الطريق صلى بعضهم ولم يصل البعض ، ووجهة الأولين أنهم فهموا أمر النبي صلى الله عليه وسلم على أنه حث لهم على السير لا تأخير الصلاة عن وقتها ، وفهمه الفريق الآخر على ظاهره

فلا مجال في رأيهم لمخالفته أو تأويله وصرفه عن ظاهره • ومن ثم أخروا الصلاة وصلوا العصر بعد الوقت ، وهذا اجتهاد من الفريقين أدى بهم الى اختلاف في الفهم ، ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم على فريق منهم ، فدل ذلك على وجود الاختلاف السائغ المقبول •

ثالثاً — وقع الاختلاف بين الصحابة الكرام ومنهم الخلفاء الراشدون في مسائل الفقه الاجتهادية ولم ينكر أحد منهم هذا الاختلاف فكان إجماعاً منهم على أنه اختلاف سائغ مقبول •

رابعاً — وما زال الفقهاء من بعد عصر الصحابة وحتى اليوم يختلفون في مسائل الفقه الاجتهادية فدل ذلك على إجماع الأمة على أنه اختلاف سائغ مقبول •

شروط الاختلاف السائغ

٣٧ — والاختلاف السائغ له شروط لابد من تحققها منها :

١ — أن يكون المختلفون مجتهدين ، أي تتوافر فيهم شروط الاجتهاد المقررة في كتب الفقه وأصوله •

٢ — أن يكون اجتهادهم واختلافهم في المسائل الفرعية التي يسوغ فيها الاجتهاد وهي التي لا يوجد دليل قطعي على حكمها ، إذ لامساغ للاجتهاد في معرض النص ، ولهذا إذا قدر وحصل خلاف النص القطعي أو الدليل القطعي ، فلا عبرة بهذا الخلاف ولا يكون سائغاً مقبولاً •

٣ — أن يكون قصد المجتهدين الوصول إلى الحق والصواب، ولهذا ، كما قال ابن حزم « لايلحق الذم الصحابة في اختلافهم لأنهم تحروا الحق واجتهدوا فيه للوصول إليه ، فهم مأجورون »(٢٤) •

---

(٢٤) أصول الأحكام لابن حزم ص ٦٤٥

٤ ــ بذل أقصى جهد من قبل المجتهدين للوصول الى الحق فإذا قصر أحدهم في الجهد المبذول ولم يوفق إلى الصواب ، ومن ثم خالف المصيب ، فخلافه مذموم ، لأنه لم يبذل كل ما في وسعه لتحري الحق والوصول إلى الصواب . وتزداد مسؤولية المخالف لتقصيره في الاجتهاد كلما كان الدليل الشرعي واضحاً أو مما يمكن معرفته بجهد قليل ، ومن ثم تكون مخالفته للمصيب مخالفة غير سائغة، وهذا بخلاف ما لو كان الدليل الشرعي خفياً أو غامضاً أو ليس من السهولة الوقوف عليه ، ففي هذه الأحوال يكون قول المجتهد بخلاف مقتضى هذا الدليل قرينة على أنه لم يوفق إلى معرفته بالرغم من بذله الجهد المستطاع وبالتالي يكون خلافه سائغاً مأجوراً عليه .

٥ ــ وأن لا يؤدي الاختلاف إلى التفرق والتقاطع واختلاف القلوب ، لأن حصول مثل هذه الأمور دليل على مخالطة الهوى قلوب المختلفين أو قلوب فريق منهم . ولهذا قد يذم كلا الطرفين ، وقد يذم طرف واحد إذا كان هو العامل بخلافه على الفرقة والتقاطع . والصحابة الكرام كما هو معروف من سيرتهم اختلفوا في المسائل الاجتهادية التي قضوا أو أفتوا فيها ، ولم تختلف قلوبهم ، بل بقيت متفقة مما يدل على وقوفهم عند حدود الاختلاف السائغ الذي لا يؤدي إلى الفرقة والتقاطع .

لانحرص على الاختلاف

٣٨ ــ والاختلاف وإن كان من السائغ المقبول إلا أننا لانحرص على وقوعه ولا نرغب فيه ، ولكن إذا وقع لا نستغرب منه ولا نندهش منه ولا تضيق صدورنا به ولا نجعله سبباً للفرقة والتقاطع ، وهذا هو التحقيق في المسألة . وبيانها أن الائتلاف والاتفاق خير من الاختلاف قطعاً ، واجتماع المسلمين على القول الصواب مطلوب قطعاً ، ولأن المطلوب من المسلم الحرص على إدراك الصواب وتحريه، وليس المطلوب

منه ولا الجائز له تحري الخطأ والحرص عليه وإرادته فهذا مما لم يقله أحد • ولأن تسويغ مثل هذا القول يعني جواز تعمد مخالفة الدليل الشرعي الدال على القول الصواب بالرغم من ظهور هذا الدليل ظهوراً لايعذر مخالفه ، وهذه نتيجة قبيحة لم يقبل بها أحد •

اختلاف أمتي رحمة

٣٩ ـــ قلنا لا نحرص على الخلاف وإن كان من النوع السائغ ، ولكن بعض العلماء يذكر « اختلاف أمتي رحمة » على أنه حديث نبوي شريف مما قد يفهم منه الحرص على الاختلاف والرغبة فيه ، لأن الشأن في الرحمة الحرص عليها والرغبة فيها فكيف يمكن التوفيق بين هذا المفهوم وبين قولنا السابق : لا نحرص على الخلاف وإن كان سائغاً ؟

٤٠ ـــ والجواب على ذلك من وجوه :

أولا ـــ الحديث غير صحيح ولا يحتج به ، فقد قال السخاوي : ذكره بعض أهل العلم بأسانيد ضعيفة جداً وبعضهم ذكره مرسلاً بسند ضعيف (٢٥) وقال ابن الديبع الشيباني :

« قال كثير من الأئمة : إنه لا أصل له ، لكن ذكره الخطابي في غريب الحديث مستطرداً وأشعر بأن له أصلاً عنده »(٢٦) وقال الإمام السبكي : « ليس معروفاً عند المحدثين ولم أقف له على سند صحيح ولا ضعيف ولا موضوع ولا أظن أن له أصلاً إلا أن يكون من كلام الناس بأن يكون أن أحداً قال : اختلاف أمتي رحمة ، فأخذه بعضهم فظنه حديثاً فجعله من كلام النبوة ، وما زلت أعتقد أن هذا الحديث

---

(٢٥) المقاصد الحسنة للسخاوي ص ٢٦ ، ٢٧

(٢٦) تمييز الطيب من الخبيث فيما يدور على السنة الناس من الحديث لابن الديبع الشيباني •

لا أصل له » واستدل على بطلانه بالآيات والأحاديث الصحيحة الناطقة بأن الرحمة تقتضي عدم الاختلاف(٢٧) .

قال السيوطي في الجامع الصغير : « رواه نصر المقدسي في المحجة ، والبيهقي في الرسالة الاشعرية بغير سند، وأورده الحليمي والقاضي حسين وإمام الحرمين وغيرهم ، ولعله خرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا » وقال المناوي في فيض القدير تعليقاً وتعقيباً على قول السيوطي : « قال السبكي : وليس بمعروف عند المحدثين ولم أقف له على سند صحيح ولا ضعيف ولا موضوع ثم قال : قال الحافظ العراقي في سنده: ضعيف »(٢٨) . وقال الشيخ محمد ناصر الدين الألباني المحدث المعاصر: « لا أصل له ، ونقل عن ابن حزم أنه قال : باطل مكذوب »(٢٩) . وعلى هذا فهذا الحديث غير صحيح أو أنه ضعيف جداً لا تقوم بمثله حجة ولا يصلح للاستدلال به .

ثانياً — وعلى فرض صحة الاحتجاج به ، فيمكن حمله على أن المراد أن اختلاف المجتهدين فيما يسوغ فيه الاجتهاد والاختلاف ، رحمة لهم وللأمة ، أما لهم فللأجر الذي ينالونه بنص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي ذكرناه « إذا حكم الحاكم فاجتهد .. الخ » وأما للأمة فإن اختلاف المجتهدين إنما يكون بعد اجتهادهم ، واجتهادهم إنما يكون لمعرفة أحكام الشرع فيما لا نص فيه في أحداث قد تواجهها الأمة، ومثل هذا الاجتهاد أمر مرغوب فيه في نظر الشرع ، لأنه يجعل الأمــة

---

(٢٧) تفسير الالوسي : ٢٤/٤
(٢٨) فيض القدير شرح الجامع الصغير : ٢١٢/١ — ٢١٣
(٢٨) سلسلة الاحاديث الضعيفة والموضوعة للالباني : ٧٦/١
(٢٩) سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة للألباني : ٧٦/١

تسيير في شؤونها في نطاق الشرع الشريف ورحابه الفسيحة : النص والاجتهاد ، وسيرها في هذا النطاق مدعاة إلى رحمة الله سبحانه وتعالى.
كما أن في اختلاف المجتهدين بعد بذل جهودهم المشكورة احتمالا كبيراً لاظهار آرائهم مع أدلتها مما يمكن معه بعد مقارنتها معرفة الأشبه منها بكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، فيكون الوصول إلى معرفة الصواب أكثر سهولة ويسراً ، ومعرفة الصواب والعمل به مدعاة لتنزل رحمة الله تعالى .

الصواب والخطأ في أقوال المجتهدين

٤١ ــ وإذا كان اختلاف المجتهدين من النوع السائغ المقبول ، فهل تعتبر أقوالهم جميعا صواباً وأنهم جميعاً مصيبون أم لا ؟

ذهب بعضهم الى أن أقوال المجتهدين كلها حق وصواب ، وأن كل واحد منهم مصيب ، وقد أوضح ذلك ودافع عنه الشعراني في ميزانه إذ جعل أقوالهم لا تخرج عن التخفيف والتشديد حسب أحوال الناس من جهة القوة والضعف في الدين ، ومن أقواله في مقدمة ميزانه : « وما ثم قول من أقوال علماء الشريعة خارج عن قواعد الشريعة فيما علمناه ، وإنما أقوالهم كلها بين قريب وأقرب وبعيد وأبعد بالنظر لمقام كل انسان وشعاع نور الشريعة يشملهم ويعمهم وإن تفاوتوا بالنظر لمقام الإسلام والإيمان والإحسان ، ثم قال : لا نرى قولاً واحداً من أقوالهم خارجاً عن مرتبتي الميزان من تخفيف أو تشديد ، وان الشريعة قابلة لكل ما قالوه لو سعها »(٣٠) .

٤٢ ــ وقال أكثر الفقهاء : إن الحق في أحد الأقوال وإن لم نقطع

---

(٣٠) الميزان للشعراني : ١/٢و٦

نحن به لاختلاف أنظار المجتهدين ، وعدم وجود دليل قاطع عليه ، وقد كان الصحابة يخطىء بعضهم بعضاً ، فلو كان اجتهاد كل مجتهد حقاً لما خطأه ، ثم إذا كان الحق في أحد الأقوال ، فهل يعتبر كل مجتهد مصيباً أم لا ؟ أقوال في المسألة .

قيل : إن المصيب واحد ، لأنه لا يمكن أن يكون قولان مختلفان صوابين ، وقيل : إن كل مجتهـد مصيب وإن كان الحق مع أحد بحجة تصويب الصحابة بعضهم بعضاً فيما اختلفوا فيه وعدم إنكارهم وقوع الاختلاف فيما بينهم ، وهذا إجماع منهم وإجماعهم حجة . وأيضاً إن المجتهدين لم يكلفوا إصابة الصواب وإنما كلفـوا بالاجتهاد وبذل الوسع للوصول الى الحق فهم مصيبون لبذلهم ما كلفوا به من الاجتهاد وإن كان بعضهم لم يصل الى الصواب في نفس الأمر . ثم القائلون بخطإ بعض المجتهدين فيما حصل فيه الاختلاف تساءلوا : هل يلحق الإثم المخطئين أم لا ؟

قال بعضهم : لا يلحق الإثم أحداً ، وقال آخرون : يلحقهم الإثم على قدر خطئهم(٣١) .

٤٣ ــ والتحقيق في المسألة يستفاد من الحديث الشريف « إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ، وإذا أخطأ فله أجر واحد » فهذا الحديث الشريف يدل على جملة أمور :

أولاً ــ أن الحق من الأقوال واحد وسائر الأقوال خطأ .

ثانياً ــ المجتهد الذي أصاب الحق هو المصيب ، ومن أخطأه هو المخطىء .

---

(٣١) جامع بيان العلم وفضله لابن عبد البر : ٢/٨٩ــ٩٠ والموافقات للشاطبي : ٢/٨١ ، المستصفى للغزالي : ٢/٣٦٣ وما بعدها ، فواتـح الرحموت ٢/٣٨٠ وما بعدها ، إرشاد الفحول للشوكاني : ٢٣٠ .

ثالثاً — المجتهد المخطىء لا إثم عليه بدليل أن لهأجراً واحداً والأجر لايكون للاثم ، وأجره هذا بسبب تحريه الحق والصواب وبذل جهده لا على خطئه وعدم وصوله للصواب ، قال الشافعي رحمه الله تعالى « لا يؤجر على الخطأ ، لأن الخطأ في الدين لم يؤمر به أحد وإنما يؤجر لإرادته الحق الذي أخطأه » . وأيضاً فإن قوله تعالى :

(ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) .

يدل على رفع الإثم عن المجتهد المخطىء .

رابعاً — إن المطلوب من المجتهد أن يجتهد ، فهذا هو واجبه ولا يجب عليه إصابة الحق إذا لم يكن قادراً عليه ، لأن الحديث الشريف لم يوجب عليه هذه الإصابة ، فإذا ترك الاجتهاد أثم ، وإذا اجتهد ولم يكن في قدرته أن يعلم الحق لم يكن مأموراً به مع العجز ، لأنه مأمور به بشرط القدرة على معرفته ، فإذا كان اجتهاده اقتضى قولاً خطأً فعليه أن يعمل به ، لا لأنه مأمور بذلك القول شرعاً وإنما لأن الشرع أمره أن يعمل بما يقتضيه اجتهاده وبما يمكنه معرفته وهو لم يقدر إلا على ذلك القول ، فهو مأمور به من جهة أنه مقدوره لا من جهة أنه الصواب ، ومثله مثل المجتهدين في القبلة إذا صلوا إلى أربع جهات ، فالمصيب للقبلة واحد ، والجميع فعلوا ما أمروا به ولا إثم عليهم ، وتعيين القبلة سقط عن العاجزين عن معرفتها وصار الواجب على كل واحد أن يفعل ما يقدر عليه من الاجتهاد وهو ما يعتقد أنه الكعبة بعد اجتهاده ، فهو مأمور بعين الصواب ولكن بشرط القدرة على معرفته ، ومأمور بما يعتقد أنه الصواب لأنه هو الذي يقدر عليه ، وتعيينه من جهة قدرته لا من جهة الشارع[٣٢] .

---

(٣٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٢٧ — ٣٠ وانظر أيضا جامع العلم لابن عبد البر ٢/٨٩ والاحكام لابن حزم : ص ٦٤٨ وارشاد الفحول ص ٢٣١

الفصل الرابع

أسباب الاختلاف المذموم

تمهيـــد

٤٤ ـــ أسباب الاختـــلاف المذموم ترجـــع إلى البغي والهوى والجهل ، وقد تجتمع هذه الاسباب وقـــد تتفرق ، وهي في تجمعهـــا وتفرقها تورث الاختـــلاف المذموم • وقد حذرنا الله تعـــالى من هذه الأسباب وبين لنا أن الأمم السابقة وقعت في الاختلاف المذموم لتلبسها بهذه الاسباب ، فإذا وجدت في المسلمين أدت إلى ما أدت إليه في الأمم السابقة من فرقة واختلاف ، وعلى هـــذا يجب على المسلمين أن يعلموا يقيناً أن ماذمه الله تعالى من الأمم السابقة كالبغي والهوى والجهل يذم أيضاً إذا صدر من المسلمين•ونتكلم فيما يلي عن هذه الأسباب ليتوقاها المسلمون •

٤٥ ـــ أولاً ـــ البغي

أصل البغي في اللغة: مجاوزة الحد ، جاء في «اللسان»: كل مجاوزة وإفراط على المقدار الذي هو حد الشيء : بغي • وعلى هذا الأصـــل قالوا في تعريف البغي : إنه قصد الفساد ، والظلم والحسد ، والتكبر والكذب ، لأن المتلبس بهذه الأمور قد تجاوز الحد الذي يجب أن يقف عنده ، وتجاوز منزلته إلى ماليس له •

هذا وقد قال الراغب في مفرداته : إن البغي نوعـــان : محمود

ومذموم ، فالأول تجاوز العدل إلى الاحسان ، والفرض إلى التطوع . والمذموم تجاوز الحق إلى الباطل ، ولهذا قال تعالى :

﴿إنما السبيل على الذين يظلمون الناس ويبغون في الأرض بغير الحق﴾

فقيد البغي بغير الحق ثم قال الراغب : والبغي في أكثر المواضع مـذموم(٣٣) .

٤٦ — وفي القرآن الكريم في بيان أسباب الاختلاف المـذموم الذي وقع فيه أهل الكتاب سواء ماكان فيما بينهم أو مـع المسلمين آيات كثيرة منها :

قال تعالى :

(كان الناس أمة واحدة فبعث الله النبيين مبشرين ومنذرين وأنزل معهم الكتاب بالحق ليحكم بين الناس فيما اختلفوا فيه وما اختلف فيه الا الذين أوتوه من بعد ما جاءتهم البينات بغيا بينهم فهدى الله الذيـن آمنوا لما اختلفوا فيه باذنه والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم)

فالمختلفون ماحملهم على الاختلاف الذميم بعد ما قامت عليهم الحجة ووضح الدليل إلا البغي من بعضهم على بعض حسداً وحرصاً على الدنيا وتنازعاً فيها ، مع أن المقصود من إنزال الكتب عليهم رفع الاختلاف الذميم فيما بينهم ، ولكنهم عكسوا الأمر حيث جعلوا ماأنزل الله تعالى سبباً للاختلاف ورسوخه واستحكامه(٣٤) .

قال تعالى :

(إن الدين عند الله الاسلام وما اختلف الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءهم العلم بغياً بينهم ، ومن يكفر بآيـات الله فإن الله سـريع الحساب) .

---

(٣٣) اللسان : ١٨/٨٤ ، والراغب في مفردات القرآن: ص ٥٥ — ٥٦

(٣٤) ابن كثير : ١/٢٥٠ — الرازي :٦/١١ الآلوسي : ٢/١٠٠—١٠٢

وفي تفسير ابن كثير في هذه الآية : أي بغى بعضهم على بعض فاختلفوا في الحق لتحاسدهم وتباغضهم وتدابرهم فحمل بعضهم بغض البعض الآخر على مخالفته في جميع أقواله وأفعاله وإن كانت حقاً[٣٥]. وفي الزمخشري : أي ما كان ذلك الاختلاف إلا حسداً بينهم وطلباً منهم للرياسة وحظوظ الدنيا[٣٦] بل لقد حمل الحسد كثيراً من أهل الكتاب على الرغبة والسعي في رد المسلمين إلى الكفر قال تعالى :

﴿ ودّ كثير من أهل الكتاب لو يردونكم من بعد إيمانكم كفاراً حسداً من عند أنفسهم من بعد ما تبين لهم الحق ﴾ .

وقد يقع في الأمة الاسلامية مثل هذا الخلق الذميم أو شيء منه يورث الفرقة والاختلاف الذميم ، لما في النفوس من استعداد للبغي والحسد وحب العلو في الأرض مما يحمل هذه النفوس على غمط ما عند الآخرين من حق ، وذم ماعندهم من قول أو رأي . ومن صور البغي الذي يقع بين المسلمين : أن تكون طائفة على عمل جائز مشروع فتنكره الأخرى ، كما في تنوع بعض العبادات كالأذان والإقامة والقنوت ودعاء الاستفتاح وصلاة الجنازة وصلاة العيد ونحو ذلك ، فأشكال هذه العبادات كلها مشروعة وجائزة ويتسع القول فيها في الأفضلية لا في المشروعية ، ولكن بسبب البغي قد يميل البعض إلى نوع دون نوع إلى حد الإنكار على من لايأخذ بما اختاره هو من أنواع هذه العبادات فيؤدي ذلك الى القطيعة والاختلاف الذميم .

ومن صور البغي : جحد كل طائفة ماعند الأخرى وإن كان ماعندها حقاً وباطلاً ، مما يورث الفرقة والعداوة ، لأن كل طائفة ترى الأخرى معتدية عليها باغية لجحدها ما عندها وهي واثقة من الحق الذي عندها

---

(٣٥) تفسير ابن كثير : ٣٥٤/١

(٣٦) تفسير الزمخشري : ٣٤٦/١

فلا تقبل منها حتى انكارها الباطل ، وقد دل على هذا الأصل الآيـة الكريمـة :

(وقالت اليهود ليست النصارى على شيء وقالت النصارى ليست اليهود على شيء) .

وهذا ذم للطائفتين في هذا المسلك الذميم . وقد وقع شيء من هذا الخلق في الأمة الاسلامية فترى المتصوفة مثلاً تنكر على المتفقهة ما هم عليه من حرص على الظاهر ، وتنكر المتفقهة على المتصوفة حرصها على الباطن ، وترى كل طائفة أن مسلك الأخرى غير سديد فتنكر كل ما عندها من صواب وخطأ مما يهيج الفرقة والبغضاء بين الطرفين ، لأن كل طائفة تظلم الأخرى ولا تنصفهـا ولا تعترف بما عندهـا من حق وصواب .

٤٧ ــ ثانياً ــ اتباع الهوى

الهوى : محبة الانسان الشيء وغلبته على قلبه ، قال الله عز وجل:

(ونهى النفس عن الهوى) .

معناه نهاها عن شهواتها وما تدعو إليه من معاصي الله تعالى[٣٧].
وقد حذرنا الله تعالى من اتباع الهوى في آيات كثيرة منها :

(ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله) .

وقوله تعـالى :

(ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله ، إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب) .

وفي الحديث الشريف « لايؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعاً لما

---

(٣٧) اللسان : ٢٠/٢٤٩

جئت به » • ولم يأت الهوى في القرآن إلا مذموماً ، هكذا حكى ابن وهب عن طاووس • واتباع الهوى يحمل على اتباع ماتهواه النفس من الباطل وترك الحق ومعاداة أهله فيقع صاحبه بالاختلاف المذموم مع الحق وأهله • ولهذا كان من أسباب كفر أهل الكتاب وخلافهم مع المسلمين وعدم ايمانهم بالنبي محمد صلى الله عليه وسلم أنه لم يكن من الطائفة التي يهوونها • قال تعالى :

(وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به فلعنة الله على الكافرين) •

فقد كانوا يعرفون الحق ، وينتظرون ظهور النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما جاء من غير الطائفة التي يهوونها لم ينقادوا له ، لأنهم ماكانوا يقبلون الحق إلا من الطائفة التي ينتسبون إليها(٣٨) • وقد يقع شيء من هذا الخلق الذميم في الأمة الاسلامية ، ومن صور ذلك : عدم قبول القول إلا من شخص معين ، أو من طائفة معينة ، أو مذهب معين ، ولا يرضى البعض برياسة من يؤمر عليهم إلا إذا كان من طائفة معينة أو فئة معينة أو مذهب معين •

ومن ضروب الهوى : الهوى في الظهور وحب الغلبة على الآخرين في مسائل الشرع والدين حتى يظهر صاحب الهوى نفسه مقدماً على غيره ويلوي أدلة الشرع حتى تطابق هواه، وقد يحمله ذلك إلى الكذب، ويفتح له الشيطان باب التأويلات الفاسدة ويزين له ذلك بحجة أنه ما يفعل ما يفعله إلا حماية للدين وغيرة على الإسلام، وهذا يقع كثيراً في الفروع الفقهية • ومن اتباع الهوى الذي يصيب الأمة ارادة المغالبة في المجادلة ، وحرص كل مجادل على افحام المجادل الآخر وتخطئته لاسماع ما عنده من حجة ودليل ، لأن المناظرة على وجه المناقشة وابتغاء

---

(٣٨) اقتضاء الصراط المستقيم : ص ٨

الحق ليس فيها الحرص على تخطئة الآخر وإنما فيها الحرص على إظهار الحق والصواب لاتباعه ، سواء كان على يد هذا أو ذاك ، وقد عد الامام الآجري الرغبة في تخطئة المناظر في مسائل الفقه الفرعية من العظائم قال رحمه الله تعالى « ... وكل واحد منهما ـ أي المتناظرين ـ يحب أن يخطىء صاحبه ، وهذا الرأي من كل واحد منهما خطأ عظيم لاتحمد عواقبه ولا تحمده العلماء من العلماء ، لأن مرادك أن يخطىء مناظرك خطأ منك ومعصية عظيمة ، ومراده أن تخطىء خطأ منه ومعصية »[٣٩] .

٤٨ ـ ثالثاً ـ الجهل

ومن أسباب الاختلاف : الجهل ، فإن الانسان عادة يجهل أكثر مما يعلم وقد ينسى هذه الحقيقة فلا يتثبت فيما ينفيه وينكره ويظن أنه ماعلمه وحده هو الحق والصواب ، وقد يكون ماينكره على الغير سبباً للفرقة والاختلاف ، ومن هذا القبيل ماوقع في الصدر الأول من عهود الاسلام فقد روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه سمع رجلاً يقرأ آية سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ خلافها ، قال ابن مسعود : « فأخذت الرجل وذهبت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم وذكرت له ذلك . قال ابن مسعود : فعرفت الكراهية في وجه النبي صلى الله عليه وسلم وقال : كلاكما محسن ولا تختلفوا فإن من كان قبلكم اختلفوا فهلكوا» فكلاهما كان مصيباً ولكن التعجيل وعدم التثبت أدى إلى انكار ابن مسعود رضي الله عنه على القارىء .. وخلاف الخوارج وما أدى إليه من فرقة شديدة وقتال سببه الجهل وأشارت إليه الأحاديث النبوية منها « فإن هذا في أصحاب له يقرؤون القرآن لايجاوز تراقيهم

---

(٣٩) الشريعة للآجري : ص ٢٥

يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية » وفي حديث آخر في الخوارج « هذا وأصحابه يقرؤون القرآن لايجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية » وفي حديث آخر « يدعون إلى كتاب الله وليسوا منه في شيء » فهذه الأحاديث الشريفة تشير إلى أن القوم لم يفقهوا معاني القرآن ولا مقاصد الشريعة . وإن كانوا كثيري القراءة لكتاب الله ، فأتاهم الشيطان من ناحية جهلهم ولبّس عليهم الأمر وأثار ما في النفوس الآدمية من نوازع الهوى والبغي فخرجوا على جماعة المسلمين واستباحوا قتلهم . وقد يكون الجهل بسيطاً لم يخالطه الهوى والبغي ، فيرجع صاحبه إلى الحق إذا سمع الحجة وفهم الدليل ، ولهذا لما ذهب إليهم ابن عباس وجادلهم في مذهبهم وسألهم عن سبب خلافهم وأجابهم عن شبهتهم ، رجع منهم كثير بلغوا ألفين ، وبقي الآخرون مصرين على جهلهم وهواهم وبغيهم .

* * *

الفصل الخامس

أسبابُ الاختلاف السّائغ المقبول

تمهيـــد :

٤٩ — مصادر الأحكام الشرعية كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وما دلت عليه نصوصهما من مصادر معتبرة كالاجمـاع والاجتهاد • والفقهاء لايختلفون في لزوم الرجوع الى المصدرين الأولين لاستفادة الأحكام من نصوصهما ولكنهم يختلفون في فهم بعض هـذه النصوص وما دلت عليه من أحكام تبعاً لاختلافهم في قواعد تفسـير النصوص • أما بالنسبة لمصادر الأحكام الأخرى فإن اختلافهم فيهـا أوسع بكثير مما اختلفوا فيه بالنسبة إلى المصدرين الأولين لأنهم يختلفون في مدى حجيةهذه المصادر وفيشروط استفادة الأحكام منها•ولتوضيح ما قلناه نتكلم بشيء من الإسهاب في أسباب اختلافهـم بالنسبة إلى ما استنبطوه من أحكام من هذه المصادر ، وذلك في مباحث متتالية •

المبحث الأول

تفسير القرآن الكريم

٥٠ — القرآن الكريم أول مصادر الأحكام الشرعية ومرجع كل استنباط وسند كل دليل . ونصوصه كلها قطعية الثبوت مصداقاً لقوله تعالى : **(إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون)** .

وما تولى الله حفظه فهو المحفوظ ولا يمكن أن تصل إليه يد بالمسخ والتحريف . وإذا كانت نصوصه كلها قطعية الثبوت إلا أنها ليست كلها قاطعة الدلالة ، فبعضها قطعي الدلالة وبعضها ظني الدلالة، ومن هنا كان لابد من بذل الجهد لتفسير مثل هذه النصوص على وجه يؤدي إلى فهم المعنى المقصود من هذه النصوص الظنية الدلالة . ولما كانت نصوص الكتاب نزلت بلغة العرب قال تعالى :

(انا جعلناه قرآناً عربياً) .

كان لابد من معرفة القواعد اللغوية الخاصة بتفسير النصوص ليستعان بها على فهم النص القرآني . وقد اعتنى العلماء لاسيما علماء أصول الفقه ببيان هذه القواعد بعد استقرائهم أساليب اللغة العربية واستعمالات الألفاظ في معانيها ودلالات هذه الألفاظ على المعاني وكيفية دلالة هذه الألفاظ على المعاني المستعملة فيها .. الخ إلا أن العلماء في أبحاثهم هذه وبيانهم لقواعد تفسير النصوص لم يصلوا إلى نتائج واحدة في جميع ما بحثوه وأصّلوه وقعّدوه من قواعد ، ولهذا حصل اختلاف ببعض هذه القواعد التفسيرية مما أدى إلى اختلافهم في فهم

بعض النصوص وما استنبطوه منها من أحكام .

٥١ ـــ وما قلناه من هذا الاختلاف ينسحب أيضاً على فهم وتفسير النصوص في السنة النبوية لأنها وردت أيضاً بلغة العرب وتخضع في فهمها وتفسيرها لذات القواعد التي تخضع لها نصوص الكتاب ، ولهذا فان ما سنذكره من اختلاف في فهم النصوص القرآنية ينطبق على نصوص السنة أيضاً وسنأتي ببعض المثل من السنة أيضاً .

٥٢ ـــ والقواعد اللغوية الخاصة بتفسير النصوص كلها تدور وتتعلق بالألفاظ من جهة إفادتها للمعاني في حالة انفرادها وفي حالة اقترانها مع غيرها في تراكيب الجمل وتكوين العبارات . واللفظ بالنسبة للمعنى وعلاقته به ينقسم تقسيمات متنوعة ، فهو بالنسبة لوضعه للمعنى : خاص وعام ومشترك ، وباعتبار استعماله في المعنى الموضوع له أو في غيره : حقيقة ومجاز وصريح وكناية . وباعتبار دلالته على المعنى من جهة وضوح المعنى وخفائه من اللفظ المستعمل فيه : ظاهر ونص ومفسر ومحكم وخفي ومشكل ومجمل ومتشابه . وباعتبار كيفية دلالة اللفظ على المعنى المستعمل فيه وطرق فهم المعنى من اللفظ ، تكون دلالة اللفظ على المعنى إما بطريق العبارة أو بالإشارة أو بالدلالة أو بالاقتضاء ، كما قد يفهم المعنى عن طريق مفهوم المخالفة .

٥٣ ـــ وقد وقع الاختلاف في أبحاث بعض ما ذكرناه من تقسيمات ونذكر فيما يلي بعض هذه الاختلافات التي أدت إلى اختلافات في فهم النصوص واستنباط الأحكام منها ، سواء كانت نصوصاً من الكتاب أو من السنة الشريفة ، مع ذكر بعض الأمثلة التي توضح هذه الاختلافات وكل ذلك على سبيل التمثيل لا الحصر والاستيعاب .

٥٤ – أولاً – في المطلق والمقيد :

قد يرد اللفظ مطلقاً في نص، ويرد نفسه مقيداً في نص آخر ويكون حكمهما واحداً ولكن سبب الحكم فيهما مختلف ، فهل يحمل المطلق على المقيد أم لا ؟ اختلاف بين الفقهاء فمنهم من قال بالحمل ومنهم من قال بعدمه ، كما في قوله تعالى في كفارة الظهار :

(فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا) .

وفي كفارة القتل الخطأ **(فتحرير رقبة مؤمنة)** .

قال الحنفية : لايحمل المطلق على المقيد فتجزىء الرقبة في كفارة الظهار سواء كانت مؤمنة أو غير مؤمنة ، ولا تجزىء في كفارة القتل الخطأ إلا إذا كانت مؤمنة . فالمطلق يجري على إطلاقه فيما ورد فيه ، والمقيد يجري على تقييده في الموضع الذي ورد فيه . وقال غير الحنفية: يحمل المطلق وهو هنا « رقبة » في كفارة الظهار على المقيد « رقبة مؤمنة » في كفارة القتل الخطأ . وحجة هذا الرأي أن الاثنين متساويان في الحكم ومع تساويهما هذا يجب حمل المطلق على المقيد دفعاً للتعارض وتحقيقاً للانسجام بين النصوص . واحتج الحنفية بأن اختلاف السبب قد يكون هو الداعي إلى الإطلاق والتقييد فيكون الإطلاق مقصوداً في موضعه ، والتقييد مقصوداً في موضعه ، ففي كفارة القتل الخطأ قيدت الرقبة بكونها مؤمنة تغليظاً على القاتل ، وفي كفارة الظهار أطلقت الرقبة تخفيفاً على المظاهر لما عرف من حرص الشريعة على بقاء الرابطة الزوجية . وأيضاً فإن حمل المطلق على المقيد إنما يكون لدفع التعارض بينهما عند عدم إمكان العمل بمقتضى كل منهما في موضعه الذي ورد لايتحقق التعارض ولا يتعذر العمل بكل منهما في موضعه الذي ورد فيه . وحجة الحنفية أرجح من حجة مخالفيهم .

٥٥ ــ ثانياً ــ صيغة الأمر والطلب :

ومن الخاص صيغة الأمر والطلب بصورة عامة • وقد اختلف الفقهاء في موجب الأمر ، أي اختلفوا في المعنى الذي وضعت له صيغة الأمر عند تجردها من القرائن الدالة على المعنى المراد ، فقال الجمهور : إن الأمر وضع ليدل على الطلب على وجه الحتم والالزام ، أي ليدل على الإيجاب فهو حقيقة فيه مجاز في غيره ، فلا يصار إلى غير الوجوب إلا بقرينة • وقال غيرهم : إن الأمر يدل على الندب ولا يدل على غير الندب إلا بقرينة ، وقال آخرون : إنه يدل على الارشاد ولا يدل على غيره إلا بقرينة • ومن أجل هذا الاختلاف اختلفوا في فهم بعض النصوص وما تدل عليه من إيجاب وندب فمن ذلك قوله تعالى في آخر سورة البقرة :

(يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه)•

قال جمهور العلماء : إن الأمر بكتابة الدين للندب والارشاد لاعلى الوجوب وقال البعض ومنهم أهل الظاهر : إنه يفيد الوجوب • ومثل هذا الاختلاف اختلافهم فيما أريد بالأمر بالاشهاد في قوله تعالى:

(وأشهدوا إذا تبايعتم) •

فمنهم من قال : إنه للوجوب ومنهم من قال : إنه للندب أو للإرشاد •

٥٦ ــ ثالثاً ــ صيغة النهي :

وكما اختلفوا في موجب الطلب اختلفوا أيضاً في موجب النهي عند تجرده من القرائن الدالة على المعنى المقصود ، فقال بعضهم : إنه يدل على الكراهة وهذا هو معناه الحقيقي ولا يدل على غير هذا المعنى إلا

بقرينة • وقال آخرون : إنه يشترك بين الكراهة والتحريم وهذا هو أصل معناه والقرينة هي التي تصرفه إلى واحد منهما • وقال الجمهور: إن موجب النهي التحريم فهذا هو معناه الحقيقي الذي وضع له ولا يستعمل في غيره إلا على سبيل المجاز والقرينة فهي التي تدل على إرادة هذا المجاز ، أما إذا تجرد عن القرائن فلا يفهم منه إلا التحريم • وترتب على هذا الاختلاف اختلافهم في فهم بعض النصوص ، منها الحديث النبوي الشريف « لايبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » حمل بعض الفقهاء النهي في الموضعين على التحريم ورتب على ذلك أن البيع والنكاح كليهما غير صحيح ولا يترتب عليهما ما يترتب على الصحيح من أحكام • وذهب بعض آخر من الفقهاء إلى أن النهي هنا ورد للكراهة وأن العقد في الموضعين صحيح تترتب عليه أحكامه • وقال كثير من الفقهاء : إن النهي محمول على التحريم، ولكن مع هذا لايترتب عليه فساد أو بطلان المنهي عنه من بيع أو نكاح لأن النهي لم يرد لذات العقد ، فالعقد لذاته سليم وإنما لشيء فاسد خارج عنه ، فهو إذن من قبيل المحرم لغيره لا لذاته ، وما كان هذا وصفه لايترتب عليه فساد العقد أو بطلانه وإنما كراهيته فقط مع ترتب أحكام العقد الصحيح عليه •

٥٧ ــ رابعاً ــ العام :

ومنها : العام ، وهو في اللغة : الشامل المتعدد ، وفي الاصطلاح : لفظ يستغرق جميع مايصلح له بوضع واحد دفعة واحدة من غير حصر • ومن أبحاث العام التي وقع فيها الاختلاف بين الفقهاء مسألة دلالة العام على أفراده أقطعية أم ظنية ؟ ، ومسألة تخصيص العام• فالنسبة لتخصيص العام ، وهو قصر العام على بعض أفراده لدليل دل على ذلك ويسمى المخصص فقد اختلف الفقهاء في شروط المخصص ،

فعند الحنفية يجب أن يكون مقارناً للعام ومستقلاً عن الكلام الذي ورد فيه • والجمهور لايشترطون ما اشترطه الحنفية فعندهم قد يكون التخصيص بدليل مستقل أوغير مستقل ، مقارن للنص العام أو غير مقارن له ولكن بشرط أن لايتأخر وروده عن وقت العمل به وإلا عد ناسخاً لامخصصاً •

وبالنسبة إلى دلالة العام ، قال الحنفية : العام كما هو معروف ، يدل على أفراده على سبيل الاستغراق ودلالته هذه قطعية مالم يخصص، فإذا خصص صارت دلالته على مابقي من أفراده ظنية لاقطعية ، وهم بهذه النقطة يتفقون مع الجمهور • وقال الجمهور : دلالة العام على شمول جميع أفراده ظنية لاقطعية قبل التخصص وبعده •

احتج أصحاب القول الأول بأن العام لفظ وضع لغة لاستغراق جميع أفراده وهذا هو المعنى الحقيقي له ، فيجب حمله عليه عند إطلاقه ولا يجوز صرفه عنه إلا بدليل على تخصيصه وقصره على بعض أفراده، أما احتمال التخصيص دون أن ينهض دليل على هذا الاحتمال فهو مما لايلتفت إليه ولا يعول عليه ، فتبقى دلالة العام على شمول أفراده قطعية ، ولايؤثر فيها مجرد احتمال التخصيص بلا دليل لأن هذا الاحتمال من قبيل التوهم ولا عبرة بالوهم أو التوهم • أما إذا خصص العام فدلالته تكون على ما بقي من أفراده ظنية ، لأن النصوص معللة وهذا هو الأصل والغالب فيها ، والعلة التي من أجلها خرج بعض أفراد العام من حكمه قد تكون متحققة في بعض الأفراد الباقية بعد التخصيص •

واحتج أصحاب القول الثاني وهم الجمهور بأن الغالب في العام تخصيصه وعلى هذا دل استقراء النصوص الشرعية التي وردت فيها ألفاظ العام ، فما من عام إلا وقد خص إلا في القليل النادر حتى شاع بين العلماء : مامن عام إلا وقد خص منه البعض ، فإذا كان تخصيص

العام هو الغالب الشائع فإن احتمال تخصيصه يكون قريباً لاوهماً ولا توهماً وبالتالي لاتكون دلالته على الاستغراق قطعية .

٥٨ – ثمرة الخلاف في دلالة العام(٤٠)

وقد ترتب على اختلاف العلماء في دلالة العام من جهة قطعيتها وظنيتها اختلافهم في مسألتين :

المسألة الاولى : تخصيص عام القرآن بخاص خبر الآحاد.فالعلماء متفقون على أن اللفظ العام الوارد في القرآن يجوز تخصيصه بالقرآن أو بالسنة المتواترة ، ولكنهم يختلفون في جواز تخصيصه بسنة الآحاد، لأن القرآن قطعي الثبوت ، والسنة الآحادية ظنية الثبوت ، فلا يقوى الظنيعلى تخصيص القطعي، وهذا ما قال به الحنفية ، فلا يجوز عندهم تخصيص عام القرآن بسنة الآحاد إلا إذا خصص عام القرآن بمخصص في قوته كنص من القرآن أو بسنة متواترة ، لأنه بعد التخصيص يصير ظني الدلالة فيخصصه ما هو ظني أيضاً كخبر الآحاد . ويقولون أيضاً: إن تخصيص العام من قبيل البيان للمراد منه فلا بد أن يكون المبين في قوة المبين أو أقوى منه .

٥٩ – وعند غير الحنفية ، وهم جمهور العلماء ، يجوزتخصيص عام القرآن بخاص سنة الآحاد ، لأن خبر الآحاد وإن كان ظني الثبوت فهو قطعي الدلالة لكونه خاصاً ، وعام القرآن وإن كان قطعي الثبوت فهو ظني الدلالة ، فيتعادلان ، فيجوز تخصيص عام القرآن بخاص خبر

---

(٤٠) المسودة لآل تيمية ص ١١٩ – ١٣٤ الآمدي : ٢ – ٤٢٧ ، فواتح الرحموت : ١ – ٢٦٥ أصول السرخسي : ١ – ١٣٣ – ١٤٢ ، التوضيح والتلويح : ١ – ٤١ .

الآحاد . ومن أمثلة تخصيصات عمومات القرآن بأخبار الآحاد تخصيص قوله تعالى : **(حرمت عليكم الميتة)** .

بقول النبي صلى الله عليه وسلم « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وحديث « لايتوارث أهل ملتين شتى » خصص عموم الوارث في آيات المواريث وخصصه أيضاً حديث « لايرث القاتل » وخصص عموم قوله تعالى : **(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)** .

بقول النبي صلى الله عليه وسلم « لاقطع في أقل من ربع دينار » وحديث « لاتنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها » خصص العموم الوارد في قوله تعالى :

(وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين) .

فوقوع التخصيص بسنة الآحاد لعموم القرآن والاحتجاج به من قبل أهل العلم دليل على صحته .

٦٠ — والحنفية يجيبون على حجة الجمهور بأن التخصيص بهذه الأحاديث جاز لسببين (الأول) إما أن عام القرآن خصص بدليل قطعي فصارت دلالته على باقي أفراده ظنية ، فجاز تخصيص العموم في الباقي بدليل ظني كما في آية : **(وأحل لكم ما وراء ذلكم ..)** .

فإن « ما » لفظ عام يشمل بعمومه المشركات وغيرهن ، ولكن خص بقوله تعالى : **(ولا تنكحوا المشركات)** .

فصار بعد هذا التخصيص قابلاً للتخصيص بدليل ظني كخبر الآحاد الذي ذكروه .

(الثاني) ان الأحاديث الأخرى التي احتجوا بها ، هي من السنة المشهورة ، والسنة المشهورة تخصص عام القرآن .

٦١ — والحق أن تخصيص القرآن بسنة الآحاد قد وقع ، واحتج

به العلماء ، وما دفع به الحنفية بقولهم : إنها أحاديث مشهورة ، لايسلم لهم ، لأنه إذا صحت شهرة بعض هذه الأحاديث ، فإن البعض الآخر يبقى من أخبار الآحاد على ما بينه علماء الحديث .

٦٢ ـ المسألة الثانية : عند اختلاف حكم العام مع الخاص في مسألة معينة ، يثبت أصحاب القول الأول ، وهم الحنفية ، التعارض بينهما لاستوائهما في قطعية الدلالة ، وفي هذه الحالة إذا علم افتراقهما في الزمان كان الخاص مخصصاً للعام وإن تأخر عنه في الورود كان الخاص ناسخاً للعام في بعض أفراده ، وإن جهل تاريخ الورود عمل بالراجح منها حسب قواعد الترجيح ، فإذا لم يوجد المرجح ، سقطا ولم يحتج بواحد منهما . أما أصحاب القول الثاني وهم الجمهور فإنهم لا يثبتون التعارض بين العام والخاص ، لأن الخاص قطعي الدلالة والعام ظني الدلالة والقطعي يقدم على الظني فيعمل به دون العام ، أي يخصص به العام سواء علمنا أيهما أسبق تاريخاً أو جهلنا التاريخ ، من ذلك ماورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ما سقته السماء ففيه العشر » وقوله صلى الله عليه وسلم : « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » فالحديث الأول عام يشمل قليل الزرع وكثيره ، وان فيه العشر ، والثاني خاص لايشمل غير ماورد فيه وهو خمسة أوسق فلا يشمل ما هو أقل منه ، والجمهور أخذوا بالثاني لأنه خاص ودلالته قطعية ، ولم يأخذوا بالأول لأنه عام ودلالته ظنية ، فلم يوجبوا الزكاة فيما دون خمسة أوسق . والحنفية أخذوا بالحديث الأول وإن كان عاماً لأن دلالته قطعية كدلالة الخاص ، ولأنه يوجب الزكاة في قليل الزرع وكثيره ، وحيث إن الاحتياط في الوجوب واجب فيترجح الأخذ بالحديث الأول دون الثاني لا سيما وأنه أشهر من الثاني والأخذ به أنفع للفقراء .

خامساً ـ **المشترك :**

٦٣ ـ المشترك لفظ يتناول أفراداً مختلفة الحدود على سبيل البدل، والفقهاء يختلفون في المعنى الذي أراده الشارع من هذا المشترك الذي ورد في نصوصه ، وما على المجتهد إلا أن يبذل جهده لمعرفة هذا المعنى المراد من المشترك لأن الشارع ما أراد إلا أحد معانيه ، وقد يختلف المجتهدون بعد بذل جهدهم في المعنى المراد ، مثل اختلافهم في معنى القروء الواردة في قوله تعالى :

(والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) .

ولفظ القروء ورد بمعناه اللغوي وهو إما الطهر وإما الحيضة ، فمن الفقهاء من حمل القروء على الأطهار ومنهم من حملها على الحيضات، احتج القائلون بالأطهار بقرائن منها أن « الثلاثة » بتاء التأنيث ، والتأنيث يدل على أن المعدود مذكر ، والمذكر هو الطهر لا الحيضة فيكون هذا المعنى هو المراد من القرء . واحتج القائلون بالحيضات بجملة قرائن منها أن لفظ (ثلاثة) خاص فيدل على معناه بصورة قطعية فتكون مدة العدة ثلاثة قروء بلا زيادة ولا نقصان ولا سبيل إلى هذا المقدار إلا بحمل معنى القرء على الحيضة ، لأننا إذا جعلنا القرء بمعنى الطهر ، فالطهر الذي يطلق فيه الزوج زوجته إن لم نعتبره من العدة فإنها ستكون ثلاثة أطهار وبعض الطهر، وإن اعتبرناه تصير العدة طهرين وبعض الطهر وهذا خلاف حكم النص . أما إذا اعتبرنا القروء بمعنى الحيضات فإن العدة ستكون ثلاث حيضات بدون زيادة ولا نقصان وهذا هو حكم النص ، ويؤكد هذا المعنى ويرجحه أن العدة يراد بها تعرف براءة الرحم من الحمل ، والحيض هو الذي يعرفنا ذلك . وأما ما احتج به الجمهور ، وهو قاعدة العدد والمعدود ، فسيرد عليه بأن

المعدود يكون عكس العدد حسب لفظ المعدود لاحسب معناه ، ولفظ القرء مذكر وهذا يكفي للرد على الاحتجاج بقاعدة العدد والمعدودهنا.

٦٤ ـ سادساً ـ في الحقيقة والمجاز :

الحقيقة : هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في عرف المتخاطبين به سواء كانت هذه الحقيقة لغوية أو شرعية أو عرفية . أما المجاز : فهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له في اصطلاح المتخاطبين به لعلاقة بينهما وقرينة تمنع إرادة المعنى الحقيقي للفظ .

وحكم الحقيقة بأنواعها ثبوت المعنى الذي وضع له اللفظ وعدم انتفائه عنه وتعلق الحكم به ، ورجحانها على المجاز فيحمل اللفظ على الحقيقة ما أمكن ذلك لأنه متى أمكن العمل بالحقيقة سقط المجاز ،لأنه خلف عنها ، والخلف لا يعارض الأصل،ولا يتقدم عليه،ولكن إذا تعذرت الحقيقة تحولنا إلى المجاز لأن إعمال الكلام خير من إهماله، وإذا تعذرت الحقيقة وكذلك تعذر المجاز أهمل الكلام . إلا أن الفقهاء يختلفون في بعض النصوص من جهة إمكان ارادة المعنى الحقيقي لما ورد في هذه النصوص من ألفاظ، فبعضهم يرى هذا الامكان فيأخذ بالحقيقة وبعضهم يرى تعذر ذلك فيذهب إلى المجاز ، وكذلك قد يختلفون في جواز إرادة المعنى الحقيقي والمجاز للفظ في آن واحد ، فيختلفون فيما يستنبطونه من أحكام . ومن أمثلة ذلك ، الحديث الشريف « لاصلاة إلا بفاتحة الكتاب » ، ذهب الجمهور إلى أن المراد من قوله « لاصلاة » الحقيقة لا المجاز فيكون المعنى لاتصح الصلاة إلا بقراءة الفاتحة فلا يغني عنها قراءة غيرها من القرآن الكريم . وقال الحنفية بحمل الحديث على المجاز لا على الحقيقة ، فيكون المعنى لاصلاة كاملة إلا بقراءة الفاتحة. فتصح الصلاة عندهم بقراءة غير الفاتحة وإن كانت في الكمال دون الصلاة بقراءة الفاتحة ، واستدل الحنفية لمذهبهم بأن حمل الحديث على

الحقيقة يترتب عليه نسخ الكتاب وهو قطعي ، بالحديث وهو ظني ، وهذا لايجوز فلا يمكن حمل الحديث على الحقيقة لهذا المانع ، لأن قوله تعـــالى : **(فاقرأوا ما تيسر منه)** .

عام يتناول قراءة أية سورة أو آية غير الفاتحة . وقالوا أيضاً : إن في حديث تعليم المسيء في صلاته ، جاء فيه ، ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له : « ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن » دون أن يذكر له الفـــاتحة .

وفي قوله تعـــالى :

(أو لامستم النساء ولم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً) .

قال بعض الفقهاء : المقصود بقوله تعالى : **(أو لامستم النساء)** .

يعم الوطء واللمس باليد ، وأحدهما حقيقي والآخر مجازي وهو اللمس ممـــا يدل على جواز إرادة المعنيين في وقت واحد . وقـــال آخرون : المراد هو المعنى المجازي أي الوطء فقط فلا يجب الوضوء بلمس المرأة لأنه لايجوز استعمال كلمة بمعناها الحقيقي والمجازي في وقت واحد ، وعضدوا رأيهم هذا ببعض الآثار(٤١) .

٦٥ ــ سابعاً ــ التأويل :

التأويل في اللغة مأخوذ من آل يؤول أي رجع ومنه قوله تعالى **(ابتغـــاء تأويـــله)** .

أي ما يؤول إليه أي ما يرجع إليه . وفي الاصطلاح ، التأويل من حيث هو تأويل حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منه مع احتمال له . والتأويل الصحيح هو حمل اللفظ على غير مدلوله الظاهر منـــه

---

(٤١) أسباب اختلاف الفقهاء لاستاذنا الجليل علي الخفيف : ص١٣٢

مع احتماله له • وعرفه صاحب التلويح بأنه صرف اللفظ عن معناه الظاهر إلى معنى مرجوح يحتمله لدليل دلَّ على ذلك •

والتأويل نوعان : صحيح مقبول ، وفاسد مرفوض ، فالصحيح ما توافرت فيه شروط صحة التأويل وهي :

أولاً ــ أن يكون اللفظ قابلاً للتأويل وهو الظاهر والنص ،

الثاني ــ أن يكون اللفظ محتملاً للتأويل أي يحتمل المعنى الذي يصرف إليه اللفظ ولو احتمالاً مرجوحاً ، أما إذا لم يحتمله أصلاً فلا يكون التأويل صحيحاً •

الثالث ــ أن يكون التأويل مبنياً على دليل مقبول من نص أو اجماع أو قياس أو حكمة التشريع أو مبادئه العامة ، فإذا لم يستند التأويل إلى دليل مقبول كان تأويلاً غير مقبول •

رابعاً ــ أن لايعارض التأويل نصاً شرعياً صريحاً •

٦٦ ــ والتأويل بعد ذلك قد يكون تأويلاً قريباً إلى الفهم فيكفي في إثباته أدنى دليل وقد يكون تأويلاً بعيداً عن الفهم فلا يكفي فيه أي دليل بل لابد له من دليل قوي يجعله تأويلاً سائغاً وإلا لم يقبل •

والفقهاء يختلفون في تحقيق شروط التأويل الصحيح ومن ثم قد يقبل بعضهم تأويلاً معيناً بينما يرفضه آخرون • من التأويل الذي أخذ به الحنفية ووافقهم بعض الفقهاء ، تأويل الشاة الواردة في الحديث الشريف « في كل أربعين شاة شاة » بأن المقصود بها الشاة بعينها أو قيمتها فيجوز زكاة الاربعين شاة بإخراج شاة أو إخراج قيمتها ، بحجة أن المقصود من الزكاة سد حاجة الفقراء ، وهذا المقصود يتحقق بإخراج الشاة نفسها أو بإخراج قيمتها • بينما اعتبر فقهاء آخرون تأويل الحنفية

تأويلاً بعيداً غير مقبول[42] .

ومن التأويل الذي اختلف فيه الفقهاء ، ما ذهب إليه الحنفية في معنى الحديث الشريف الذي جاء فيه أن فيروز الديلمي أسلم على اختين فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « أمسك أيهما شئت وفارق الأخرى » . قال الحنفية : معناه امساك الزوجة الأولى ومفارقة الأخرى إذا كان الزواج بهما جرى في عقدين متتاليين ، وابتداء عقد النكاح على إحداهما إذا كان قد تزوجهما في عقد واحد . ودليل تأويل الحنفية القياس على المسلم إذا تزوج اختين في عقد واحد أو في عقدين متتاليين . وقال غير الحنفية : إن هذا التأويل دليله ضعيف وبالتالي فهو تأويل بعيد غير مقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل فيروزاً عن كيفية زواجه بهما وهل جرى بعقد واحد أو بعقدين متتاليين ، ولو كان المراد من الحديث ماذهب إليه الحنفية لسأله النبي صلى الله عليه وسلم هذا السؤال أو لبين له الحكم ابتداء لأنه حديث عهد بالاسلام ، وحيث لم يحدث شيء من ذلك فإن تأويل الحنفية يبدو ضعيفاً بل وغير مقبول .

٦٧ ـ ثامناً ـ الخفي :

الخفي في الاصطلاح : لفظ دلالته على معناه ظاهرة إلا أن في انطباق معناه على بعض أفراده غموضاً وخفاء يحتاج إلى شيء من النظر والتأمل لإزالة هذا الغموض أو الخفاء بالنسبة إلى هذا البعض من الأفراد[43] . مثاله قوله تعالى

(والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) .

والسارق : هو من يأخذ مال الغير خفية من حرز مثله . والظاهر

---

(٤٢) الآمدي في أحكامه : ٣/٧٩ .

(٤٣) كتابنا الوجيز في أصول الفقه : ص ٢٩٤ .

من لفظ السارق أنه يتناول جميع أفراده حتى من يسرق اكفان الموتى من قبورهم وهو المسمى بالنباش ولكن اختصاصه بهذا الاسم جعل لفظ السارق خفي المعنى بالنسبة إليه لأن انطباق معناه عليه لايفهم من نفس اللفظ بل لابد له من قرينة خارجية ، ووجه الخفاء هو مايرد إلى الذهن من أن اختصاصه بهذا الاسم يعني أنه ليس من أفراد السارق .

وقد اختلف الفقهاء في انطباق معنى السارق على النباش ، فذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أن اختصاص النباش بهذا الاسم إنما كان لنقصان معنى السرقة فيه لأنه لايأخذ مالاً مرغوباً فيه من حرز أو حافظ ، لأن الكفن مما لاتميل النفس إلى سرقته وأخذه ، والقبر لايصلح حرزاً ، والميت لايصلح مالكاً للكفن ولا حافظاً له ، فلا يتناوله لفظ السارق ، وبالتالي لايقام عليه حد السرقة . وقال الجمهور : لفظ السارق يتناول النباش لأن اختصاصه بهذا الاسم لاينفي انطباق معنى السارق عليه ، لأن هذا الاختصاص هو كاختصاص نوع معين من أنواع الجنس باسم معين فيبقى مندرجاً تحت هذا الجنس فيكون النباش نوعاً من أنواع جنس السارق . أما كون القبر لايصلح حرزاً ، فمردود بأن حرز كل شيء يكون بما يناسبه ، والقبر يصلح أن يكون حرزاً للكفن . وكون الكفن غير مرغوب فيه لايمنع تقومه وماليته ، والكفن بعد هذا يعتبر على ملك الميت .

ومثله أيضاً لفظ القاتل في الحديث الشريف « لايرث القاتل » فهو لفظ عام يشمل بظاهره القاتل عمداً وخطأ . ودلالته على القاتل عمداً ظاهرة ، ولكن في انطباق معناه على القاتل خطأ شيئاً من الخفاء والغموض سببه وصف القتل بالخطأ لأن الحرمان من الإرث عقوبة ، والخطأ عادة يختلف عن العمد في استحقاق العقوبة ، فهل يساويه هنا في الحرمان من الإرث وينطبق عليه معنى الحديث أم لا ؟ ذهب بعض

الفقهاء إلى مساواته في العقوبة ، فيكون لفظ القاتل متناولاً للقاتل خطأ وللقاتل عمداً ، فيحرم كلاهما من الميراث . وحجة هذا الرأي أن القاتل خطأ يصدق عليه اسم قاتل ، ولأنه قصر في الاحتياط والتحرز فيحرم من الميراث جزاء تقصيره ، ولأن الحرمان من الميراث عقوبة قاصرة لاعقوبة كاملة فلا مانع من مساواته فيها للقاتل عمداً مع اختلافه معه في عقوبة القصاص ، ولأنه إذا لم يعاقب بهذه العقوبة القاصرة فقد يؤدي هذا الاعفاء الى شيوع القتل بين الورثة وادعاء الخطأ فيه ، فمنعاً لذريعة الإجرام واستعجال الشيء قبل أوانه ، وجب حرمانه من الميراث بتطبيق معنى الحديث الشريف عليه ، وجعل لفظ « القاتل » فيه متناولاً له تناوله للقاتل العمد .

وذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى أن لفظ القاتل في الحديث الشريف لايتناول القاتل خطأ لانعدام القصد السيء عنده وبالتالي لايستحق عقوبة الحرمان من الميراث كما لايستحق عقوبة القصاص .

٦٨ ـ تاسعاً ـ المشكل :

المشكل في الاصطلاح لفظ يحتمل المعاني المتعددة ، والمراد معنى واحد منها ، ويعرف هذا المعنى بقرينة خارجية . والفرق بينه وبين الخفي ، أن المشكل لايدل بصيغته على المراد منه، بينما في الخفي خفاؤه ليس من نفس اللفظ وإنما من الاشتباه في انطباق معناه على بعض أفراده لأسباب خارجة عن اللفظ . ومن المشكل اللفظ المشترك ، وقد مرت أمثلته ، ومن المشكل أيضاً كلمة (أنى) في قوله تعالى

(فأتوا حرثكم أنى شئتم) .

فهو يستعمل بمعنى كيف كما يستعمل بمعنى أين ، والقرائن وسياق النص هي التي عينت المراد إذ دلت على تعميم الأحوال دون

المحال • ومن أمثلته أيضاً ما جاء في الآية الكريمة :

(وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقده النكاح ، وأن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير)•

اختلف الفقهاء في معنى قوله تعالى(**الذي بيده عقدة النكاح**) •

إذ يحتمل أن يكون المراد به الزوج كما يحتمل أن يكون الولي • وبعد التأمل يترجح قول القائلين بأن المراد منه هو الزوج لا الولي لقرائن كثيرة أطال بذكرها الامام الجصاص في كتابه أحكام القرآن بصدد تفسير هذه الآية ، ومنها أن الولي لايملك أن يهب شيئاً من مال موليته بخلاف الزوج إذ أنه يملك ذلك[٤٤] •

٦٩ — عاشراً — طرق دلالة الالفاظ على الاحكام :

أولاً — دلالة النص :

وهي دلالة اللفظ على أن حكم المنطوق أي المذكور في النص ثابت للمسكوت عنه لاشتراكهما في علة الحكم التي تفهم بمجرد فهم اللغة • فإذا دل النص بعبارته على حكم في واقعة معينة ووجدت واقعة أخرى تساوي الأولى في العلة أو هي أولى منها وكانت هذه المساواة أو الأولوية تفهم بمجرد فهم اللغة وبأدنى نظر فإنه يتبادر الى الفهم أن النص يتناول الواقعتين وأن الحكم المنصوص عليه يثبت للمسكوت عنه أي للواقعة الثانية • وتسمى هذه الدلالة بـ « دلالة الدلالة » أو بـ « فحوى الخطاب » أو بـ « مفهوم الموافقة » •

وقد يختلف الفقهاء في ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه

---

(٤٤) أحكام القرآن للجصاص : ١/٥٢١ .

إذا كان مساوياً له في العلة لاختلافهم في تحقق تلك المساواة لاختلاف أنظارهم فيها ومن أمثلة ذلك[٤٥] :

آ ــ قال تعـالى :

(ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة) •

فالواجب في القتل الخطأ الكفارة بتحرير رقبة مؤمنة • فعنـد الشافعية أن هذه الآية تدل بفحواها على وجوب هذه الكفارة في القتل العمد لتساوي القتلين ــ الخطأ والعمد ــ في الحاجة الى التكفير عنهما، وتساويهما في اللفظ أيضاً ، إذ أن كليهما قتل ، واختلافهما في العمدية والخطأ لا يستوجب اختلافهما في التكفير ، بل إن التكفير في العمـد أولى منه في الخطأ لأنه يستوجب من الإثم مالا يستوجبه الخطـأ • بينما قال غير الشافعية بعدم وجوب الكفارة في القتل الخطأ •

ب ــ في حديث الرجل الذي جامع زوجته في رمضان ، أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالتكفير • استدل الحنفية بهذا الحديث على وجوب الكفارة على من أكل عامداً في رمضان لأن الحديث دل بفحواه على هذا الحكم ، لأن إيجاب الكفارة على من جامع عامداً إنما كان بسبب جنايته على حرمة رمضان بما يفسده عمداً • وهذا كما يكون بالجماع يكون أيضاً بالأكل عمداً • وقال الشافعية : الكفارة تجب بالجماع فقط ولاتجب على من أفطر بالأكل عمداً ،وإنما يجب عليه القضاء فقط،وردوا على الحنفية بأن الحديث لايدل بفحواه على ماذهبوا إليه لأن الاعتداء على صوم رمضان بالأكل لايساوي الاعتداء عليه بالجماع • وكذلك اختلفوا في دلالة هذا الحديث على وجوب الكفارة على المرأة ، فقال

---

(٤٥) استاذنا الشيخ علي الخفيف ، في كتابه السابق : ص ١٥٨ وما بعدها .

بعضهم: لاتجب إلا على الرجل ، أي: على زوجها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يذكر له أنها واجبة على زوجته ولو كانت واجبة لذكر له ذلك . وقال الكثيرون : إنها واجبة على الرجل والمرأة على السواء لدلالة الحديث على ذلك بفحوى الخطاب ، إذ لافرق بين الرجل والمرأة في التكاليف الشرعية ، وإنما لم يذكر له النبي صلى الله عليه وسلم لأن الزوج هو الذي أكرهها على مطاوعته بدليل ماجاء في رواية أخرى من قول الرجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم : هلكت وأهلكت ، وهذا يدل على أنه أكرهها على مطاوعته لإسناد الإهلاك إلى نفسه لا إليها ، ولا إثم ولا كفارة على المكره .

٧٠ — ثانياً — دلالة الاقتضاء :

ويراد بهذه الدلالة دلالة اللفظ على مسكوت عنه يتوقف صدق الكلام وصحته على ذلك المسكوت ، أي على تقديره في الكلام مثل قوله تعالى : (**حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ..**)

أي نكاح أمهاتكم وبناتكم ، وهذا المعنى دل عليه اللفظ عن طريق الاقتضاء ، لأن التحريم لا ينصب على الذوات ، وإنما على الفعل المتعلق بها وهو هنا النكاح .

وقد يكون المسكوت عنه الذي يقدر في الكلام بدلالة الاقتضاء لفظاً خاصاً كما مثلنا بالآية الكريمة فلا يكون فيه خلاف بين الفقهاء ، وقد يكون المقدر في الكلام لفظاً عاماً ، وهنا قد يختلف الفقهاء في إرادة عمومه أي إرادة جميع أفراده ، فمنهم من يرى بقاءه على عمومه وإرادة جميع أفراده بحجة أنه بتقديره صار كالملفوظ به فيدل على جميع أفراده . ومنهم من يقول لايراد به إلا بعض مايدل عليه وهو مايصدق به الكلام أو يصح وعندئذ لايعمل به إلا في ذلك فقط ، وحجتهم في

ذلك أن تقدير المقتضى وثبوته إنما كان بضرورة صدق الكلام وصحته، والضرورة تقدر بقدرها فاذا كانت الضرورة تندفع بإرادة بعض أفراد هذا المقتضى، وجب إرادة هذا البعض فقط ولا يجوز أن يراد باللفظ المقدر خلاف هذا البعض • وعلى هذا اختلفوا فيما يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » • معنى الحديث بعد تقدير المقتضى : رفع عن أمتي حكم الخطإ والنسيان وما استكرهوا عليه • وحكم الخطأ وهو المقدر في الحديث لفظ عام يشمل الحكم الدنيوي والأخروي • فالشافعية يرون أنه يدل على رفع حكم الخطإ بنوعيه الدنيوي والأخروي ، ورتبوا على ذلك أن الصلاة لاتبطل بالكلام سهواً أو خطأ • وعند الحنفية أن المراد بالمقتضى المقدر في الكلام الحكم الأخروي فقط ، وهو الإثم لأنه مراد باتفاق ، وبه تندفع الضرورة ، فلا يجوز أن يراد به الحكم الدنيوي أيضاً ، لأن الضرورة تقدر بقدرها ورتبوا على ذلك بطلان الصلاة بالكلام فيها خطأ أو نسياناً وبطلان الصيام بالأكل خطأ[٤٦] •

٧١ ـ أحد عشر ـ مفهوم المخالفة :

هي دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه ، أي أن يكون المسكوت عنه مخالفاً للمنطوق به في الحكم • فالحكم المنطوق به يسمى منطوق النص ، والحكم الثاني الثابت للمسكوت عنه يسمى مفهومه المخالف أو دليل الخطاب لأن الخطاب دل عليه •

٧٢ ـ ومفهوم المخالفة أنواع :

آ ـ مفهوم اللقب ، وهو دلالة اللفظ الذي علق الحكم فيه

---

(٤٦) استاذنا الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق : ص ١٦٤ ـ ١٦٥

بالاسم العام على نفي ذلك الحكم من غيره . مثل قوله عليه الصلاة والسلام : «في البر صدقة» . مفهومه المخالف غير البر ليس فيه صدقة.

ب ــ مفهوم الصفة ــ دلالة اللفظ المقيد بوصف على نقيض حكمه عند انتقاء ذلك الوصف . مثل قوله عليه الصلاة والسلام « في السائمة زكاة » مفهومه المخالف عدم وجوب الزكاة في غير السائمة .

جـ ــ مفهوم الشرط ــ وهو دلالة اللفظ المقيد لحكم معلق بشرط على ثبوت نقيضه عند انتفاء الشرط ، مثاله قوله تعالى :

(وإن كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) .

مفهومه المخالف انتفاء النفقة عند عدم الحمل .

د ــ مفهوم الغاية ــ وهو دلالة اللفظ الذي قيد الحكم فيه لغاية على نقيض ذلك الحكم بعد الغاية ، مثل قوله تعالى :

(فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) .

مفهومه المخالف حل زواجها بمطلقها بعد الغاية المذكورة أي بعد فراقها من زوجها الثاني وانتهاء عدتها منه .

هـ ــ مفهوم العدد ــ ويعني دلالة اللفظ الذي قيد الحكم فيه بعدد على نقيض ذلك الحكم فيما عدا العدد المذكور مثل قوله تعالى :

(فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) .

مفهومه المخالف عدم إجزاء الصيام بغير هذا العدد من الأيام .

٧٣ ــ وقد اختلف الفقهاء في حجية مفهوم المخالفة . فالجمهور على عدم جواز العمل بمفهوم المخالفة في مفهوم اللقب ، وقولهم هو الصحيح .

واتفقوا على صحة الاحتجاج بالأنواع الأخرى في عقود الناس وأقوالهم وعبارات المؤلفين والفقهاء ولأن عرف الناس واصطلاحهم في

الفهم والتعبير على هذا الوجه فإذا لم يعمل بمفهوم المخالفة في هذه الأنواع كان في هذا إهدار لعقودهم وارادتهم في التعبير عما يريدون وهذا لا يجوز .

واختلفوا في الاحتجاج بها في النصوص الشرعية ، فالجمهور يرون صحة الاحتجاج بها . وذهب الحنفية إلى عدم الاحتجاج بها ، وحجتهم أن القيود التي ترد في النصوص الشرعية لها فوائد كثيرة ، فإذا لم تظهر لنا هذه الفوائد لا نستطيع أن نجزم أن الفائدة لتلك القيود هي تخصيص الحكم بها وجد فيه القيد ونفيه عما سواه واحتجوا أيضاً بأنه ليس من المطرد في أساليب اللغة العربية ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه ، فمن قال لغيره : إذا جاءك فلان صباحا فأكرمه . لا يفهم من ذلك إن جاءه مساء لا يكرمه ، ولهذا يصح منه أن يسأل : واذا جاءني مساء ألا أكرمه . واذا كانت دلالة المنطوق على المسكوت ليست قطعية فلا يمكن حمل النصوص على هذه الدلالة بمجرد احتماله لها لأن الشأن في الاحتجاج بالنصوص الشرعية الاحتياط ، والاحتياط يقتضي عدم الأخذ بمفهوم المخالفة . واحتجوا أيضاً بأن كثيراً من النصوص الشرعية التي دلت على الحكم في الوقائع المقيدة ثبت نفس الحكم في الوقائع التي انتفى عنها القيد كقصر الصلاة بشرط الخوف ، فإن القصر ثبت مع انتفائه ، مما يدل على عدم قطعية الأخذ بمفهوم المخالفة . وأيضاً فالملاحظ أن الشارع إذا أراد الأخذ بمفهوم المخالفة فإنه ينص عليه صراحة كما في قوله تعالى :

(ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) .

واحتج الجمهور بأن القيود التي وردت في النصوص الشرعية لم ترد عبثا وانما جاءت لفائدة ، فإذا لم تكن لها فائدة سوى تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد فإنه يجب نفي الحكم عما لا يوجد فيه هذا

القيد ، أي يلزم الأخذ بمفهوم المخالفة لئلا يكون ذكر القيد عبثاً ينزه عنه كلام الشارع • واحتجوا أيضاً بأن المألوف في أساليب اللغة العربية ان تقييد الحكم بقيد يدل على انتفائه حيث ينتفي القيد ، وهذا هو المتبادر للفهم منه فمن سمع قول النبي صلى الله عليه وسلم « مطل الغني ظلم » يفهم أن مطل الفقير ليس ظلماً •

٧٤ ـ ثمرة الخـلاف :

وقد ترتب على هذا الخلاف ، خلاف في فهم النصوص وما يستنبط منها من أحكام عن طريق مفهوم المخالفة ، ومن أمثلة ذلك :

آ ـ قوله تعالى

(ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ذلك لمن خشي العنت منكم) •

دلت الآية بمفهومها المخالف على عدم حل تزوج الأمة الكتابية مطلقاً لتقييد حل نكاح الفتيات بالمؤمنات عند تحقق الشرط وهو عدم الطول في نكاح المحصنات المؤمنات ، وإلى هذا ذهب الشافعية ومن وافقهم ، وقال الحنفية : يجوز تزوج الأمة سواء كانت كتابية أم مسلمة، وسواء أكان ذلك عند وجود القدرة على تزوج الحرة أو عدم القدرة ، لأنهم لا يأخذون بمفهوم المخالفة وإنما يعرف حكم المسكوت عنه بأدلة الشرع الأخرى ، وقالوا : إن هذه الأدلة أباحت ما قالوه بدليل عموم قوله تعالى : **(فانكحوا ما طاب لكم من النساء) •**

وعموم قوله تعالى : **(وأحل لكم ما وراء ذلكم) •**

ب ـ قوله تعالى :

(وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) •

فالنفقة تجب للبائنة ثلاثاً إذا كانت حاملا باتفاق الفقهاء • فإذا كانت حائلاً فقد ذهب الجمهور إلى أنها لا تجب لدلالة الشرط على ذلك أخذاً بمفهوم المخالفة • وقال الحنفية : إن الآية دلت على نفقة الحامل ولم تدل على حكم نفقة الحائل فيستفاد حكمها من ادلة أخرى • وقد ثبت عندهم بالسنة النبوية وجوب النفقة لها أي للحائل •

* * *

المبحث الثاني

السُّنة النَّبويّة الشريفة

٧٥ ــ السنة في الاصطلاح الشرعي : هي ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، على وجه التشريع للأمة ، من قول أو فعل أو تقرير .

ولا خلاف بين المسلمين في أن السنة النبوية مصدر أصلي من مصادر الأحكام الشرعية ، وأنها واجبة الاتباع ، ولا يسع أي مسلم مخالفتها أو الخروج عليها أو ردها .

٧٦ ــ ومع هذا الاتفاق على وجوب اتباع السنة وعدم جواز مخالفتها أو التعقيب عليها ، وجدت أقوال وآراء للفقهاء ، جاءت السنة النبوية بخلافها ، كما وجدت أقوال لهم مختلفة مع أنها تستند إلى أحاديث نبوية واحدة ، إلى غير ذلك من ضروب الاختلاف بين الفقهاء فيما له صلة بالسنة النبوية فهماً لها أو تركاً لبعضها ، أو اجتهاداً من البعض لعدم وصولها إليه . ونذكر فيما يلي بعض الأسباب التي أدت إلى اختلاف الفقهاء فيما دلت عليه السنة من أحكام .

٧٧ ــ أولاً ــ مدى علمهم بالسنة :

السنة النبوية لم يعلمها ويحفظها واحد قط وإن كانت معلومة ومحفوظة من قبل الأمة كلها ، وهذا القول يصدق على الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم ، وإذا كان الصحابة وهم أصحاب رسول الله وشاهدوا تنزل الأحكام، وسمعوا أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم،وشاهدوا

أفعاله ، أقول : إذا كان الصحابة ، وهذا بعض شأنهم وحالهم ، فاتتهم بعض السنة النبوية ، ولم يحط بها واحد منهم قط ، فغيرهم ممن جاء بعدهم أولى أن لا يحيط علماً ومعرفة بكل السنة النبوية . ولتوضيح هذه المسألة التي قد تبدو لأول وهلة غريبة ، نقول : إن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحدث أو يقضي أو يفتي أو يفعل الشيء فيسمعه أو يراه من كان حاضراً ويجهله من كان غائباً ، وقد يبلغ الحاضر الغائب ما سمع وما رأى وقد يصل هذا التبليغ البعض ولا يصل إلى البعض الآخر ، فلا يعرف ما عرفه غيره من سنة النبي صلى الله عليه وسلم . وقد يكون بعض من جهل بعض السنة أفقه وأعلم وأعلى منزلة ممن علمها ، لتيسر الفرصة لمن علمها لأن يعلمها سماعاً من النبي صلى الله عليه وسلم أو مشاهدة لفعله . والشواهد على ذلك كثيرة نذكر منها ما غاب عن الخلفاء الراشدين وفاتهم من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبرهم بها غيرهم ممن هم دونهم في القرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم وملازمته .

فقد جاء في أخبار الثقات أن امرأة سألت أبا بكر رضي الله عنه عن ميراث الجدة فقال لها « مالك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم من شيء ، ولكن أسأل الناس ، فسألهم ، فقام المغيرة بن شعبة ومحمد بن مسلمة رضي الله عنهما فشهدا أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس » فهذه سنة نبوية عرفها المغيرة ومحمد بن مسلمة ولم يعرفها أبو بكر الصديق مع طول صحبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكثرة ملازمته له وحضور مجلسه . وعمر بن الخطاب رضي الله عنه ما كان يعلم أن المرأة ترث من دية زوجها ، بل كان يرى أن الدية للعاقلة ، حتى أخبره الضحاك ابن سفيان الكلابي رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث امرأة أشيم الضبابي رضي الله عنه من دية زوجها ، فترك عمر رضي الله

عنه رأيه وقال « لو لم نسمع بهذا لقضينا بخلافه » وكذلك سيدنا عثمان ابن عفان رضي الله عنه لم يبلغه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في الفريعة بنت مالك أخت أبي سعيد الخدري رضي الله عنهما لما توفي زوجها ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها : « امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » يعني أن عدتها تقضيها في بيت الوفاة ، فلما بلغه الحديث أخذ بـــه •

وأفتى سيدنا علي رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما بأن المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملاً تعتد بأبعد الأجلين • ولم تبلغهما سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في سبيعة الأسلمية رضي الله عنهما حيث توفي عنها زوجها سعد، وأفتاها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن عدتها وضع الحمل • وهذا باب واسع ، والأخبار فيه كثيرة جداً ، تدل على أن السنة لم تبلغ كل واحد من الصحابة ، بل ولم تبلغ كلها الخلفاء الراشدين ، فإذا كان الحال كما وصفنا بالنسبة لصحابة رسول الله فهو بالنسبة لغيرهم أولى كما قلنا •

٧٨ ــ وإذا لم تبلغ السنة الفقيه فإنه يجتهد ليعرف حكم المسألة وقد يوافق اجتهاده ما ورد في السنة التي فاتته وقد يخالفها ، من ذلك أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه سئل عن امرأة توفي عنها زوجها قبل أن يدخل بها ولم يكن سمى لها مهراً ، فأفتى ابن مسعود ــ بعد نظر وتأمل ــ بأن لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط ، فشهد لديه معقل بن سنان بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بذلك وذكر له قصة بروع بنت واشق حيث مات عنها زوجها هلال بن مرة قبل أن يدخل بها ولم يكن سمى لها مهراً ، فقضى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بمهر مثلها • فلما سمع ابن مسعود ذلك فرح فرحاً شديداً لموافقة اجتهاده لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم التي لم تبلغه •

٧٩ ــ ومن لم تبلغه السنة ويجتهد فقد يخالف اجتهاده حكـم السنة ، كما قلنا في فتيا ابن عباس فيمن مات عنها زوجها وهي حامل وأنها على رأيه تعتد بأبعد الأجلين • وقد ينقل مثل هذا الاجتهاد إلى بعض مجتهدي التابعين ثم إلى غيرهم من فقهاء الأمصار ، فيحفظ هذا القول ، ويتناقله بعض الفقهاء مع أن السنة بخلافه ، وعندما تشيع هذه السنة وتشتهر يبقى القول المخالف لها ، وقد لا يتحول عنه من تلقاه عن سلفه، إما بتأويل أن سلفه لم يقل هذا القول الا بسنة علمها ولكن لم تصل الى من جاء بعده، وإما بتأويل أن هذا الحديث معلول، أو أن غيره أولى بالقبول منه أو إلى غير ذلك من الأسباب التي تحول دون ترك الأقوال التي ظهرت مخالفتها للسنة النبوية • ومن أمثلته أيضاً ، حديث خيار المجلس لم يأخذ به الحنفية بحجة أن أسلافهم ما تركوه إلا لدليل حملهم على تركه، إما باعتباره منسوخاً ، أو أن غيره أولى منه ، أو أنه محمول على غير ظاهره • وكذا المالكية لم يأخذوا به بحجة أن عمل أهل المدينة على خلافه ، وهم ما خالفوه إلا لسنة أقوى مـن ظاهر هذا الحديث • والحقيقة أن هذا المسلك غير سديد ، لأن فتح هذا الباب يؤدي إلى ترك كثير من السنة التي لم يأخذ بها الأسلاف إما لعدم وصولها إليهم أو لوصولها إليهم بطريق ضعيف • والحجة دائماً بالسنة الصحيحة ، لا بقول من لم يقل بها لأي سبب كان •

٨٠ ــ ثانياً ــ عدم التوثق من الحديث :

وقد تبلغ السنة النبوية المجتهد ولكن يشك في صحتها فلا يأخذ بها بينما تصل هذه السنة نفسها الى مجتهد آخر بطريق آخر أو بنفس طريق وصولها إلى الأول فيثق بها وتثبت عنده فيعمل بها ، وهذا باب واسع ، ذلك أن شروط التوثيق والتضعيف للمرويات من السنة النبوية، يختلف الفقهاء في حدودها ومدى ضرورة ملاحظتها ، ومدى توفرها في

الراوي عند التثبت من السنة ، وبالتالي يختلفون فيما يقبلونه من الأحاديث وما يرفضون منها . والحقيقة أن عدم قبول الحديث لعدم التوثق منه وجد منذ عصر الصحابة وازداد اتساعا بعد عصرهم ، فسيدنا عمر رضي الله عنه لم يقبل ما روته فاطمة بنت قيس من أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها نفقة ولا سكنى بعد أن طلقها زوجها طلاقاً بائناً ، وقال سيدنا عمر رضي الله عنه : لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت ، لها السكن والنفقة .

٨١ — وقد يصل الحديث إلى المجتهد عن طريق موثوق ولكن لا يأخذ به لأن راويه غير فقيه عنده ، والحديث يخالف القياس والأصول العامة في نظر هذا المجتهد ، كما في حديث المصراة ، فلم يأخذ به الحنفية، لمخالفته في نظرهم الأصول العامة ، مثل الخراج بالضمان ، وأن الضمان بالمتلفات يكون بالقيمة إذا تعذر المثل ، بينما جاء الضمان في حديث المصراة بإعطاء صاع من تمر من قبل المشتري الذي اختار فسخ البيع تعويضاً للبائع عن اللبن الذي استهلكه المشتري ، وكذلك لم يأخذ بهذا الحديث المالكية . والصحيح لزوم الأخذ بهذا الحديث الصحيح واعتباره أصلاً قائماً بذاته فضلاً عن أنه لم يخالف ما ذكروه ، وليس هنا تفصيل هذه المسألة .

٨٢ — وقد يصل الحديث الى المجتهد بطريق موثوق ، وهو من أخبار الآحاد وفيه زيادة على ما في الكتاب ، فلا يأخذ به البعض لأن ما فيه من زيادة على ما جاء به الكتاب من حكم دليل على ضعف هذا الحديث في الواقع وإن كان رواته لا مطعن فيهم في الظاهر ، لأن زيادة خبر الآحاد على ما في الكتاب نسخ له ، ونسخ الكتاب بخبر الآحاد وهو ظني لا يجوز ، وهذا يعني أن هذا الحديث غير صحيح . وعلى هذا الأساس لم يأخذ الحنفية بحديث ابن عباس الذي فيه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد صاحب الحق ، أي المدعي بحجة أنه حديث آحاد وفيه زيادة على ما في كتاب الله قال تعالى :

(واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) .

وقال الجمهور بجواز الأخذ بشهادة واحد ويمين صاحب الحق اتباعاً للحديث الشريف وإن كان من أخبار الآحاد لثبوته عندهم ، ولأن ما في الحديث يعتبر من البيان لما في كتاب الله ، ومن أنواع البيان الزيادة على ما فيه من أحكام . وقول الجمهور هو الراجح ، ولأنه لا تعارض بين قبول شاهد ويمين المدعي وبين ماورد في القرآن ، لأن ما ورد فيه هو لبيان ما تحفظ به الحقوق وما جاء في الحديث ما يجوز الحكم به ، وطريق الحكم أوسع من طرق حفظ الحقوق . ومهما يكن الأمر ، فالمقصود هنا بيان أسباب اختلاف الفقهاء وسندهم في الأخذ بالحديث أو عدم الأخذ به إذا كان آحاديا .

٨٣ ــ وقد يصل الحديث بطريق سليم ، ولكنه غير مشهور مع أنه يتعلق بما يسمونه مما تعم به البلوى ويحتاجه المسلمون ويتكرر موضوعه أو ما يتعلق به ، فلا يقبلونه بحجة أن عموم البلوى به نقيض استفاضة الحديث وشهرته ، فإذا ورد عن طريق الآحاد كان ذلك قرينة على ضعفه وبالتالي عدم قبوله . وعلى هذا الأساس لم يأخذ الحنفية بحديث الجهر بالبسملة قبل قراءة فاتحة الكتاب في الصلاة ، وكذا القنوت في صلاة الصبح ، لأن ماورد فيهما جاء عن طريق الآحاد مع أن المسألتين مما تعم بهما البلوى ويحتاجه المسلمون ويتكرر وقوعه فيما بينهم وهذا من حقه أن يعم نقله ويشتهر لا أن يصلنا عن طريق الآحاد . والجمهور يخالفون الحنفية ، ولا يفرقون بين ما تعم به البلوى وبين

ما لا تعم به البلوى ، وبالتالي يقبلون في الاثنين حديث الآحاد متى كان رواته موثوقين .

٨٤ ــ وقد يصل الحديث إلى الفقيه ولكنه ينساه ولا يذكره ، فيتوقف عن قبوله إذا ذكّر به ، كما في التيمم من الجنابة في السفر عند عدم الماء ، فإن عمار بن ياسر ذكره لسيدنا عمر بن الخطاب ، ولكنه نسيه ولم يتذكره بالرغم من تذكير عمار له به .

٨٥ ــ وقد يصل الحديث الى المجتهد بطريق سليم ، ولكنه لا يأخذ به بحجة أن راويه عمل بخلافه، وهذا قرينة على أنه غير صحيح أو أنه منسوخ أو أن غيره أولى منه ، وعلى هذا الأساس لم يأخذ الحنفية بحديث « إذا ولغ الكلب في اناء احدكم فليغسله سبعاً أولاهن بالتراب » بحجة أن راوي الحديث أفتى بغسله ثلاثاً . وغير الحنفية يأخذون برواية الراوي الثقة الصدوق لا بعمله، أي ولو خالف بعمله مضمون الحديث.

٨٦ ــ وقد يصل الحديث إلى المجتهدين بطريق مقبول ولكنهم يختلفون في فهم المراد منه لورود بعض الألفاظ الغريبة فيه فيختلفون في مدلولاتها ومن ثم يختلفون فيما يستنبطون منه من أحكام مثل حديث « لا طلاق في إغلاق » فمنهم من فسره بمعنى الإكراه ومنهم من فسره بمعنى الغضب .

٨٧ ــ وقد يصل الحديث بطريق سليم ،ولكن بعض الفقهاء يرجح غيره عليه ، فيختلفون بسبب هذا الترجيح مثل حديث « رفع اليدين في الصلاة عند الركوع وعند الرفع منه » أخذ به الجمهور ولم يأخذ به الحنفية لترجيحهم حديثاً آخر عليه لم يرد فيه مثل هذا الرفع .

٨٨ ــ ثالثاً ــ العمل بالضعيف والمرسل :

ومن أسباب اختلاف الفقهاء ، أخذهم بالحديث الضعيف أو عدم

أخذهم به وشروط ذلك ومداه ، فمنهم من يرى الأخذ به إذا أفاد ظناً ، ومنهم من لا يأخذ به كالظاهرية باعتبار أن ما يفيده من ظن لا يرقى إلى الظن الغالب الذي يوجب أو يجيز الأخذ به ، وعلى هذا الاساس أخذ الحنفية بالحديث الذي فيه « لا يزوج النساء الا الأولياء ولا يزوجوهن إلا من الأكفاء .. الخ » فاشترطوا الكفاءة في الزواج ، بينما غيرهم لم يأخذ بشرط الكفاءة . ومثل حديث القهقهة في الصلاة ونقض الصلاة والوضوء بها أخذ الحنفية بهذا الحديث بالرغم من ضعفه ولم يأخذ به الفقهاء الآخرون لأن ضعفه شديد لا يفيدنا ظناً يجيز لنا الأخذ بـه . وكذلك يختلف الفقهاء في الأخذ بالحديث المرسل ، فمنهم من يأخذ به ، ومنهم من يأخذ به بشروط معينة ، ومنهم من لا يأخذ به ، وعلى هـذا الأساس ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن العقوبة في التعزير لا يجوز أن تصل إلى أدنى الحدود فلا يبلغ بالجلد أربعين سـوطاً لأن أدنـى الحدود هي هذا المقدار بالنسبة للعبد في الشرب والقذف فلا يزاد على تسعة وثلاثين سوطا ، وحجته الحديث المرسل « من بلغ حـداً في غير حد فهو من المعتدين[47] » .

٨٩ ــ رابعاً ــ ترجيحات المجتهد :

كما أن المجتهد قد يترجح عنده دليل على ترك الحديث ولم يذكر في تركه ، هذا الدليل أو ما دعاه إلى الترك ، وقد يذكره ولا يصل إلينا ، وقد يصل إلينا ولا نفقه موضع حجته في هذا الدليل على ترك الحديث وهذا باب واسع . والواجب علينا اتباع الحديث ومـا يدل عليه مـن أحكام وإن كان المجتهد « في نفسه قد يكون معذورا في تركه له ــ أي للحديث ــ ونحن معذورون في تركنا لهذا الترك »[48] .

---

(٤٧) استاذنا الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق : ص ٩٩ .
(٤٨) رفع الملام عن الأئمة الاعلام للامام ابن تيمية رحمه الله : ص٥٣ .

٩٠ ـ هذه بعض أسباب اختلافات الفقهاء فيما استنبطوه مـن أحـكام فيما له علاقة بالسنة النبوية ذكرنا بعض هذه الاسباب على سبيل التمثيل لا الاستيعاب والحصر لأن الكلام عنها يطـول وفيما ذكرناه كفايـة .

المبحث الثالث

الإجْمَاع

٩١ ــ الإجماع في الاصطلاح الشرعي : اتفاق المجتهدين من الأمة الاسلامية في عصر من العصور على حكم شرعي بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم • وهو مصدر فقهي واجب الاتباع • وبهذا قال الفقهاء أو أكثريتهم الساحقة حيث نقل عن أفراد بعدم إمكان انعقاده وبالتالي عدم الاحتجاج به ، ومن هؤلاء : النظام من المعتزلة • والصواب أنه حجة شرعية ومصدر نستقي منه الأحكام • إلا أن القائلين به يختلفون في شروط تحققه ، وفي مدى حجية السكوتي منه ، فالشافعية مثلاً لا يأخذون بما يدعى من اجماع سكوتي لأنهم يقولون: لا ينسب الى ساكت قول • والقائلون بالإجماع الصريح ربما يتوهمون وقوع الاجماع على مسألة شرعية ، والواقع غير ذلك ، إذ أن علمهم بوقوعه مبني على عدم علمهم بالمخالف ، وعدم العلم هذا لا يعني عدم وجود المخالف • وعلى هذا قد يدعى الإجماع على حكم مسألة شرعية بناء على عدم العلم بالمخالف ، ويترك الدليل الشرعي من حديث صحيح أو ظاهر نص ، أو قول قديم قوي الحجة • وفي هذا قال الامام ابن تيمية : والإجماع المدعى في الغالب إنما هو عدم العلم بالمخالف وقد وجدنا من أعيان العلماء من صاروا إلى القول بأشياء متمسكهم فيها عدم العلم بالمخالف ، مع أن ظاهر الأدلة عندهم يقتضي خلاف ذلك • لكن لا يمكن للعالم أن يبتدىء قولاً لم يعلم له قائلاً مع علمه بأن

الناس قد قالوا خلافه ، حتى إن منهم من يعلق القول ، فيقول : إن كان في المسألة إجماع فهو أحق ما يتبع وإلا فالقول عندي كذا وكذا . وذلك مثل من يقول : لا أعلم أحداً أجاز شهادة العبد . وقبولها محفوظ عن علي وأنس وشريح وغيرهم رضي الله عنهم . ويقول آخر : أجمعوا على أن المعتق بعضه لا يرث . وتوريثه محفوظ عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، وفيه حديث حسن عن النبي صلى الله عليه وسلم . وذلك أن غاية كثير من العلماء أن يعلم قول أهل العلم الذين أدركهم في بلاده ولا يعلم أقوال جماعات غيرهم . كما نجد كثيراً من المتقدمين لا يعلم إلا قول المدنيين والكوفيين ، وكثيراً من المتأخرين لا يعلم إلا قول اثنين أو ثلاثة من الأئمة المتبوعين وما خرج عن ذلك فإنه عنده يخالف الإجماع لأنه لا يعلم به قائلاً وما زال يقرع سمعه خلافه .[٤٩]

ومن هذا النوع الذي ذكره ابن تيمية ، وقوع الطلاق الثلاث ، فإن الفقهاء يقولون : انعقد الاجماع على ذلك منذ زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، مع أن الخلاف فيه قديم ، وقد أشار إليه الامام الطحاوي في كتابه « معاني الآثار » ، فقال ما معناه : ذهب الأكثرون إلى وقوع الثلاث بلفظ واحد . وذهب بعضهم إلى وقوعه واحدة ، ثم ساق أدلة كل فريق ، ومن أدلة القائلين بوقوعها واحدة حديث ركانة الذي فيه أن الثلاث تقع واحدة .

---

(٤٩) رفع الملام عن الائمة الاعلام لابن تيمية : ص ٤٧ ـ ٤٨ .

المبحث الرابع

الاجتهاد

٩٢ ـ إذا لم يجد المجتهد الحكم في كتاب الله ، ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، ولا في إجماع الفقهاء صار إلى الاجتهاد والبحث والرأي في ضوء قواعد الشريعة ومبادئها وأصولها وحكمة التشريع ، وعلى هذا النهج السديد سار فقهاء الصحابة الكرام ومن جاء بعدهم من التابعين وفقهاء الامصار ، وعلى هذا النهج دل حديث معاذ عندما أرسله رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وجاء فيه ما معناه : أقضي بكتاب الله فإن لم أجد الحكم فيه فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن لم أجد فيها الحكم ، أجتهد رأيي ولا آلو . فأقره النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك .

٩٣ ـ وإذا كان الاجتهاد فيما لا نص فيه ولا إجماع أمراً سائغاً وطريقاً شرعياً لاستنباط الأحكام ، فإن الاختلاف في هذا المصدر أوسع بكثير مما في المصادر الثلاث التي ذكرناها لاختلاف مدارك الفقهاء وأنظارهم ، ومدى إحاطتهم بمعاني الشريعة ، وقدرتهم على تطبيقها على الوقائع والأحداث ، فضلاً عن منازعة بعض الفقهاء في أصل حجية ما ينطوي تحت الاجتهاد من قياس ونحوه، فهؤلاء الذين لا يأخذون بالرأي والاجتهاد حيث لا نص في المسألة يأخذون بحكم الإباحة الأصلية أو بأدلة أخرى . وقد يوافقون غيرهم ممن يأخذ بالرأي والاجتهاد فيما يصلون إليه من أحكام وقد يخالفونهم فيها . ونذكر فيما يلي بعض أنواع الاجتهاد والرأي ووجهة الفقهاء في هذه الانواع .

الفرع الاول

القِيَاس

تعريفه :

٩٤ — القياس هو إلحاق ما لم يرد نص بحكمه بما ورد النص بحكمه في الحكم لاشتراكهما في علة الحكم . وقد أخذ بالقياس جمهور الفقهاء ، وخالف فيه الظاهرية والشيعة والإمامية ، ومستند المنكرين له ما فهموه من القرآن ، وآثار عن الصحابة، ومايؤدي إليه القول بالقياس .

أدلة نفاة القياس :

٩٥ — فمن القرآن قوله تعالى :

(يا أيها الذين آمنو لا تقدموا بين يدي الله ورسوله) .

والقائل بالقياس يعارض مدلول هذه الآية لأن القياس تقدم بين يدي الله ورسوله بحكم يقوله القائل في واقعة لم يرد بها نص .

وقوله تعالى : **(وأن احكم بينهم بما أنزل الله) .**

وليس الحكم بالقياس مما أنزله الله . وقوله تعالى :

(ولا تقف ما ليس لك به علم) .

والقياس أمر ظني مشكوك في صحته فيكون القول به أو العمل به بغير علم ومن قبيل الظن الذي لا يغني من الحق شيئاً .

وقوله تعالى : **(ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء) .**

ومع هذا البيان لا حاجة إلى القياس إن وافق الكتاب ، فالحجة

فيه لا في القياس ، وإن خالفه فهو مرفوض غير مقبول .

٩٦ ــ وقد وردت آثار عن الصحابة في ذم الرأي والقياس ، منها : قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه « إياكم وأصحاب الرأي فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأي فضلوا وأضلوا » وقوله « واياكم والمكايلة ، قيل : وما المكايلة ؟ قال : المقايسة » وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه : « لو كان الدين يؤخذ بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره » وهذا يدل على ذم القياس وأنه ليس بدليل شرعي .

٩٧ ــ ثم إن القياس يؤدي إلى الاختلاف والنزاع بين الأمة لأنه بني على أمور ظنية ، من استنباط علة الأصل وتحققها في الفرع ، وهذه أمور تختلف فيها الأنظار فتختلف الأحكام ويكون في الواقعة الواحدة أحكام مختلفة ، فتتفرق الأمة ، والفرقة أمر مذموم غير محمود ، وما يؤدي إليه مذموم أيضاً وهو القياس .

٩٨ ــ وقالوا أيضاً : إن أحكام الشريعة لم تبن على أساس التسوية بين المتماثلين ولا التفريق بين المختلفين ، ولهذا نجد في الشريعة أحكاماً مختلفة لأمور متماثلة ، وأحكاماً متماثلة لأمور مختلفة ، فمن الأول : إسقاط الصوم والصلاة عن الحائض مدة حيضها وتكليفها بعد طهرها بقضاء الصوم دون الصلاة . وإيجاب قطع يد السارق وعدم قطع يد المنتهب ولا فرق بين الاثنين في المسألتين . وإقامة الحد على القاذف بالزنى دون القاذف بالكفر مع أن الكفر أقبح من الزنى . ومن الثاني : جعل التراب طهوراً كالماء وهما مختلفان . فاذا كانت الشريعة لم تراع التماثل بين الأشياء في تشريعها الأحكام فلا حجة في القياس لأنه يعتمد المساواة والتماثل ، والشريعة لم تعتبرهما كما قلنا .

أدلة القائلين بالقياس :

٩٩ ـــ واحتج القائلون بالقياس بقوله تعالى :

(فاعتبروا يا أولي الأبصار) .

والقياس فرد من أفراد الاعتبار ، وان الاعتبار انتقال من الشيء إلى غيره ، وما القياس إلا انتقال بالحكم من المقيس عليه الى المقيس . فيكون القياس مأموراً به ، وما كان مأموراً به فهو مشروع لا محظور .

١٠٠ ـــ وفي السنة ، حديث معاذ المشهور حيث أقره النبي صلى الله عليه وسلم بالقضاء بالاجتهاد حيث لا نص في الكتاب والسنة ، وما القياس إلا نوع من أنواع الاجتهاد بالرأي . وفي السنة أيضاً ما يدل على مشروعية القياس ، فعن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة من خثعم جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم تستفتيه فقالت : يا رسول الله إن فريضة الله على عباده في الحج ، أدركت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه ؟ قال نعم . وفي رواية أخرى ، أتى رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أمي نذرت أن تحج وانها ماتت أفأحج عنها ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : لو كان عليها دين أكنت قاضيه عنها ؟ قال : نعم . قال : فاقض الله فهو أحق بالقضاء .

١٠١ ـــ وقد كان الصحابة الكرام يجتهدون في النوازل والوقائع ويقيسون بعض الأحكام على بعض ويعتبرون النظير بنظيره ، فمن ذلك قول ابن عباس لما سمع نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه « احسب كل شيء بمنزلة الطعام » . وادخلوا العول على أنصبة الورثة إذا كانت سهامهم أكثر من سهام المسألة الميراثية قياساً على ادخال النقص على الغرماء إذا كانت ديونهم أكثر من أموال المدين. وقاس ابن عباس الجد على ابن الابن في حجب الأخوة ، وقال : ألا

يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً .
وفي كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي موسى الأشعري رضي الله عنه « .. الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذاك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها الى الله وأشبهها بالحق ... »(٥٠) .

١٠٢ — إن الغرض من تشريع الأحكام تحقيق مصالح العباد وهذه هي الحكمة المقصودة من التشريع . ومما يتفق وهذا الغرض الأخذ بالقياس لأنه ليس إلا تعدية الحكم الوارد في واقعة معينة إلى الوقائع المماثلة المشتركة معها في العلة .

١٠٣ — القول الراجح

إن الغرض من تشريع الأحكام تحقيق مصالح العباد وهذه الأحكام الشرعية معللة ، أي أنها بنيت على علل وأوصاف اقتضت هذه الأحكام . ولكن علل العبادات محجوبة عنا ولا سبيل إلى ادراكها تفصيلاً وإن كنا جازمين بوجود هذه العلل . أما في المعاملات فإن عللها مما يمكن إدراكها ، وحيث أمكن إدراكها بطريق سائغ مقبول أمكن طرد أحكامها في جميع الوقائع التي تشتمل على هذه العلل جرياً وراء نهج الشريعة في التشريع وأخذاً بقانون التماثل الذي دل عليه القرآن الكريم في كثير من نصوصه ، والذي يقضي بالتسوية بين المتماثلين والتفريق بين المختلفين ، سواء في تشريع الأحكام أو في سنن الله في العباد .

قال تعالى : **(أكفاركم خير من أولئكم أم لكم براءة في الزبر)** .

وقال تعالى : **(كذلك نجزي القوم المجرمين)** .

وقال تعالى : **(أفنجعل المسلمين كالمجرمين ، ما لكم كيف تحكمون)** .

---

(٥٠) تيسير الوصول : ٣٣/١١ .

١٠٤ ــ أما ما احتج به نفاة القياس ، فلا حجة لهم فيه ولا يدل على مدعاهم لأن القياس يؤخذ به حيث لا نص في المسألة فلا يكون مخالفاً لقوله تعالى : **(لا تقدموا بين يدي الله ورسوله)** .

والقياس يكشف عن حكم الشرع في الواقعة التي لم يرد بحكمها نص صريح ، فهو مظهر كاشف لحكم ثابت ، وليس مثبتاً ولا منشئاً لحكم غير موجود فلا يكون مخالفا لآية :

(وأن احكم بينهم بما أنزل الله) .

والقياس يفيدنا الظن الراجح في صحة الحكم ، والظن الراجح كاف في اثبات الأحكام العملية فلا يكون مخالفا لآية :

(ولا تقف ما ليس لك به علم) .

ولا مخالفا لآية : **(إن الظن لا يغني من الحق شيئاً)** .

وكون القرآن الكريم تبياناً لكل شيء يعني تبيانه للأحكام لفظاً أو معنى ، وليس معناه ، النص الصريح على كل حكم . والقياس تعلق بدلالة القرآن على الأحكام بالمعنى فلا يستغنى عنه .

١٠٥ ــ أما الآثار التي احتج بها نفاة القياس والواردة عن الصحابة في ذم الرأي والقياس ، فهي محمولة على ذم الرأي الفاسد والقياس الفاسد . ونحن نسلم بأن من القياس ما هو فاسد كما أن منه ما هو صحيح ، والصحيح ما توافرت شروطه ، والفاسد ما كان خلاف ذلك . ولكن وجود الفاسد لا يقدح في حجية الصحيح منه ولا في صحة الاحتجاج به ، كما أن ما ينسب الى السنة وهو باطل لا يقدح في وجوب اتباع السنة والاحتجاج بها واعتبارها مصدراً للأحكام الشرعية .

١٠٦ ــ وأما ما قالوه من أن القياس مثار اختلاف ونزاع ، فالاختلاف موجود فيما هو صحيح من السنة . وفيما يستنبط من

أحكام ، وفي دلالتها على الأحكام ، وكذلك الاختلاف موجود في فهم بعض نصوص القرآن الكريم ، ولم يقل أحد بسبب ذلك بلزوم ترك السنة وعدم استنباط الأحكام منها منعاً لوقوع الاختلاف . ثم إن الاختلاف منه ما هو مذموم ومنه ما هو سائغ مقبول ، ومن المقبول الاختلاف في المسائل الاجتهادية الفرعية التي لا نص فيها ، بل إن نفاة القياس أنفسهم اختلفوا فيما بينهم في كثير من الأحكام حتى ولو كانوا من مذهب واحد فدل ذلك على أن الاختلاف أمر بديهي سائغ في كل مسألة اجتهادية وليس سببه الأخذ بالقياس أو عدم الأخذ به .

١٠٧ — وأما ما قالوه من أن الشريعة جاءت بالتفريق بين المتماثلين والتسوية بين المختلفين ، وبهذا ينهدم أساس القياس فلا تقوم به حجة. فهذا قول غير سديد ، لأن الشريعة لم تأت قط بما ينافي ما هو مركوز في الفطر السليمة من تفريق بين المختلفين والتسوية بين المتساوين . أما إذا جاءت الشريعة باختصاص بعض الأنواع بحكم يفارق به نظائره فلا بد أن يكون هذا النوع مختصاً بوصف يوجب اختصاصه بالحكم ويمنع مساواة غيره به ، وهذا الوصف الذي اختص به قد يجهله بعض الناس . وليس من شروط القياس الصحيح أن يعرف صحته كل الناس أو كل مجتهد ، فمن رأى في الشريعة شيئاً مخالفاً للقياس الصحيح الذي يقتضي التسوية بين المتماثلين ، والتفريق بين المختلفين ، فهو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه وتصوره ، وليس مخالفاً للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر[٥١] . فليس في الشريعة أحكام تخالف قانون التماثل الذي يقوم عليه القياس ، فالحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة لكثرة أوقات الصلاة ، فكان في إلزامها بالقضاء حرج عليها

---

(٥١) القياس لابن تيمية في مجموعة رسائله الكبرى : ص ٢١٧—٢١٨.

والحرج مرفوع في الشريعة • ووجوب حد القاذف بالزنى دون الكفر لأن القذف بالزنى لاسبيل للناس إلى العلم بكذب القاذف ،فكان في إقامة الحد عليه تكذيب له وتبرئة لعرض المقذوف ، أما الرمي بالكفر فإن شاهد حال المسلم المقذوف واطلاع المسلمين عليه كاف في تكذيب القاذف ، وباستطاعة المقذوف أن ينطق بكلمة الإيمان أي الشهادتين فيظهر كذب القاذف • والتراب صار طهوراً ورافعاً للحدث عند فقد الماء بحكم الشارع ، فهو حكم تعبدي ، والأحكام التعبدية لا تعرف تفاصيل عللها •

١٠٨ — وإذا كان القياس حجة شرعية ودليلاً معتبراً من أدلة الشرع ، فهذا لا يعني عدم وقوع الخلاف فيما ذهب إليه الفقهاء من أحكام كان مستندها القياس • لأن التعرف على علة الحكم وتحققها في الفرع، ومن ثم سحب الحكم المنصوص عليه إلى الواقعة غير المنصوص على حكمها ، مما تختلف فيه أنظار المجتهدين • من ذلك ورد في الشرع أن الأب يزوج ابنته البكر الصغيرة كما حصل في تزويج أبي بكر رضي الله عنه ابنته عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الحنفية : إن علة الولاية في هذا التزويج الصغر ، لقصور عقلها وقال الشافعية : العلة البكارة لا الصغر، وعضد كل فريق منهم رأيه ببعض الآثار والأدلة، وقاس الحنفية بناء على ما رجحوه من علة الحكم ، الثيب الصغيرة على البكر الصغيرة فيزوجها الأب دون حاجة إلى رضاها ، بجامع الصغر ، وقال الشافعية : لا ولاية اجبار للأب في تزويج الثيب الصغيرة ، ولكن له هذه الولاية على البكر الكبيرة بجامع علة البكارة •

الفرع الثاني

الاسْتِحْسَان

تعريفه :

١٠٩ — الاستحسان : هو العدول عن قياس جلي إلى قياس خفي أو استثناء مسألة جزئية من أصل كلي لدليل شرعي تطمئن إليه نفس المجتهد يقتضي هذا الاستثناء أو ذاك العدول . وهذا الدليل — أو كما يسميه الفقهاء وجه الاستحسان — قد يكون نصاً شرعياً أو إجماعاً أو عرفاً أو ضرورة أو مصلحة أو قياساً خفياً .

١١٠ — وقد أخذ كثير من العلماء بالاستحسان وأنكره بعضهم كالشافعية حتى نقل عن الامام الشافعي رحمه الله تعالى أنه قال : « الاستحسان تلذذ وقول بالهوى » وأنه « من استحسن فقد شرع »[٥٢] . والظاهر أن لفظ الاستحسان أثار عند البعض معنى التشريع بالهوى فأنكره . والواقع أن الاستحسان بعيد عن معنى التشريع بالهوى ، لأن مثل هذا التشريع لا يعتد به عند أحد من أهل العلم . وليس هو مراد القائلين بالاستحسان ، لأن الاستحسان عندهم هو أخذ بقياس قوي وإن كان خفياً ، أو استثناء جزئية من قاعدة عامة لدليل شرعي وكلا النوعين أخذ بالدليل وقول بمقتضاه .

---

(٥٢) الآمدي : ٤/٢٠٩ .

١١١ — والخلاف بين القائلين بالاستحسان قد يكون بسبب تنازع قياسين لمسألة معينة وترجيح أحدهما على الآخر كمن أوصى بثلث داره لفلان ثم باع ثلثيها قبل وفاته ومات مصراً على وصيته وقبلها الموصى له ، فإنه يتملك الموصى له ثلث الدار الباقي جميعه ولا يكون له ثلث ما بقي من الدار قياساً له بالغريم لا بالشريك ، وبذا قال أبو حنيفة وصاحباه ، وقال زفر ومالك والشافعي : قياسه بالشريك أقوى وهو قياس جلي ويرجح على قياسه بالغريم فيكون للموصى له من الثلث الباقي من الدار ثلثه(٥٣) .

---

(٥٣) أستاذنا الشيخ علي الخفيف ، المرجع السابق : ص٢٣٨–٢٣٩ .

الفرع الثالث

المصلحة المرسلة

تعريفها :

١١٢ — المصلحة : هي جلب المنفعة ودفع المضرة ، أي المفسدة . والمصالح منها ما شهد له الشارع بالاعتبار ، ومنها ما شهد الشارع له بالإلغاء ، ومنها ما سكت عنه ، فالأولى هي المصالح المعتبرة ، والثانية هي المصالح الملغاة ، والثالثة هي المصالح المرسلة ، أي : الخالية عن دليل الاعتبار أو الإلغاء .

١١٣ — والمصالح المعتبرة ، هي كما قلنا ، ما اعتبرها الشارع بأن شرع لها الأحكام الموصلة إليها كحفظ الدين والنفس والعقل والعرض والمال ، وعلى أساس هذه المصالح ، وربطها بعللها وجوداً وعدماً ، جاء دليل القياس .

١١٤ — أما المصالح الملغاة ، فهي مصالح مشوهة غير حقيقية أو مرجوحة أهدرها الشارع ولم يعتد بها بدليل ما شرعه من أحكام تحقق هذه المصالح المتوهمة مثل توهم المصلحة في تسوية نصيب الذكر والأنثى في الميراث ، أهدرها الشارع بما شرعه من تفاوت في نصيبهما ، قال تعالى :

(يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) .

ولا خلاف بين العلماء في أن مثل هذه المصالح لا يصح بناء الأحكام عليها .

١١٥ ــ أما المصالح المرسلة ، وهي التي لم يقم دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها ، فهي مصلحة ، لأنها تجلب نفعاً ، وتدفع ضرراً ، وهي مرسلة لأنها مطلقة من اعتبار الشارع أو إلغائه • فهي إذن تكون في الوقائع المسكوت عنها وليس لها نظير منصوص على حكمه حتى نقيسها عليه • وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة أو يدفع مفسدة ، مثل المصلحة التي اقتضت جمع القرآن ، وتضمين الصناع •

١١٦ ــ وقد اختلف العلماء في حجية المصلحة المرسلة وبناء الأحكام عليها ، ولا خلاف بين الفقهاء في أن العبادات لا يجري فيها العمل بالمصلحة لأن أمور العبادات سبيلها التوقيف ، فلا مجال فيها للرأي والاجتهاد • أما في المعاملات ، فقد اختلف العلماء في حجيتها وجعلها دليلاً من أدلة الأحكام • وهذا الخلاف يحكى في كتب الأصول على نحو واسع ، ولكننا لا نجد آثاره بهذه السعة في كتب الفقه ، فالفقهاء المنسوب إليهم عدم الأخذ بالمصلحة المرسلة وجدت لهم اجتهادات قامت على أساس المصلحة المرسلة ، كما نلاحظه في فقه الشافعية والحنفية • وعلى أية حال فمما لا شك فيه أن فريقاً من العلماء أنكر حجية المصالح المرسلة ومن هؤلاء الظاهرية ومن وافقهم في إنكار القياس • وفريق آخر أخذ بالمصالح المرسلة ، وأشهر من عرف عنه هذا الاتجاه الامام مالك ثم أحمد بن حنبل • وبين هذين الفريقين من قال بالمصلحة بشروط فجعلها من قبيل الضرورات التي لا يختلف العلماء في الأخذ بها كالغزالي فقد أخذ بالمصلحة بشرط أن تكون ضرورية وقطعية وعامة •

١١٧ ــ والراجح قول من أخذ بالمصلحة لأن الشريعة الاسلامية ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ، فالأخذ بالمصلحة

يتفق وما تهدف إليه الشريعة ، وعلى هذا دلت نصوصها الكثيرة ، وبه صرح كثير من الفقهاء ، فالشاطبي في موافقاته يقول : « .. والشريعة ما وضعت إلا لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل ودرء المفاسد عنهم »(٥٤) والعز بن عبد السلام قال : « الشريعة كلها مصالح : إما درء مفاسد أو جلب مصالح »(٥٥) ويقول ابن القيم : « إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد .. »(٥٦) .

١١٨ — وقد ترتب على الأخذ بالمصلحة المرسلة بعض الاجتهادات التي قد يخالف فيها أو في بعضها من لا يأخذ بالمصلحة ، مثل تضمين الصناع ما يهلك تحت أيديهم من أموال الناس إلا إذا كان الهلاك بقوة قاهرة مع أن أيديهم يد أمانة ، بناء على المصلحة المرسلة ، خلافاً لمن لم يأخذ بها ، ومثل هذا الخلاف أيضاً ما أخذ به فريق من الحنابلة وهو إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل أن من احتاج إلى إجراء مائه في أرض غيره حتى يصل إلى أرضه من غير ضرر على صاحب الأرض ، فله أن يجريه ولو جبراً على صاحب الأرض ، بناء على المصلحة المرسلة .

---

(٥٤) الموافقات للشاطبي : ٦/٢ ، ٣٧ .
(٥٥) قواعد الإحكام للعز بن عبد السلام : ٩/١ .
(٥٦) إعلام الموقعين لابن القيم : ١/٣ .

الفرع الرابع

سد الذريعة

تعريفها :

١١٩ — الذرائع هي الوسائل ، ويراد بسد الذريعةأو سد الذرائع منع الوسائل المؤدية إلى المفاسد وإن كانت في أصلها مباحة إذا كان إفضاؤها إلى المفسدة كثيراً مثل سب آلهة المشركين في حضرة من عرف عنه سب الله عز وجل إذا سمع هذا السب ، أو إذا كانت هذه الوسائل المباحة في أصلها تؤدي الى المفسدة لاستعمال المكلف لها لغير ما وضعت له كمن يتوسل بالبيع للوصول إلى الربا ، كمن يبيع خرقة بألف نسيئة ثم يشتريها من مشتريها بتسعمائة نقداً .

١٢٠ — وقد اختلف الفقهاء في اعتبار الذرائع ، فمنهم من لاحظ أصلها فقال:لا تمنع ، بل تبقى على الإباحة كالشافعية والظاهرية ،ومنهم من لاحظ مآلاتها وما تؤدي إليه من مفاسد ، فلم يعتبر إباحتها الأصلية فقال بمنعها كالحنابلة والمالكية . ووجهة هؤلاء : افضاؤها إلى المفاسد فلا تبقى على الإباحة ما دامت وسيلة الى المفسدة لأن الشريعة جاءت بمنع المفاسد وسد منافذها . ووجهة الأولين : أن هذه الوسائل مباحة فلا تصير ممنوعة لاحتمال افضائها إلى المفسدة .

١٢١ — والراجح قول القائلين بسد الذرائع لأن الوسائل معتبرة بمقاصدها ومآلاتها وفي هذا يقول ابن القيم : « لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها . فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها

بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها ، ووسائل الطاعات والقربات في حجيتها والإذن فيها بحسب افضائها الى غاياتها .. »[٥٧] . وفي القرآن الكريم والسنة المطهرة كثير من النصوص التي تشهد لصحة هذا الاصل ، سد الذرائع ، وبناء الأحكام عليه ففي القرآن الكريم قوله تعالـى : **(ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن)** .

وقوله تعـالى : **(يا أيهـا الذين آمنوا لا تقولوا راعنا وقولوا انظرنا)** .

وفي السنة النبوية « لاتقطع الايدي في الغزو » لئلا يكون القطع ذريعة لفرار المحدود إلى أرض العدو . وفي السنة أيضا « ما أسكر كثيره فقليله حرام » إلى نصوص أخرى كثيرة .

١٢٢ ـ وقد ترتب على الاختلاف في اعتبار سد الذرائع ، اختلاف بين الفقهاء في بعض اجتهاداتهم ، كما في مسألة توريث مطلقة الفار ، منهم من ورثها أخذاً بسد الذرائع لئلا يكون طلاقها ذريعة إلى حرمانها من الميراث ، ومنهم من لم يورثها لعدم اعتبار سد الذرائع ، ومثل بيوع العينة التي يتوصل بها إلى الربا ، منهم من منعها لإفضائها الى مفسدة أكل الربا ، ومنهم من لم يحرمها اعتباراً بأصل إباحة البيع .

---

(٥٧) اعلام الموقعين : ٣/١٢٠ .

الفصل السادس

موقفنا من الاختلاف والمختلفين

١٢٣ — إذا كان الاختلاف من النوع المذموم ، وجب علينا أن لا نقع فيه وأن نبتعد عنه ، ونتوقاه ونتوقى أسبابه ، من بغي وهوى وجهل • وأن لا نعين أصحاب هذا الاختلاف المذموم بقول أو فعل أو تكثير سواد ، بأن نحضر مجتمعاتهم ، أو نشاركهم في شعائرهم ، بل لا بد أن نتميز عنهم حتى يعرفوا على حقيقتهم ولا يلتبس أمرهم على الناس • وإذا كان الاختلاف من النوع الممدوح فعلينا أن نستمسك به لأنه من لوازم استمساكنا بالاسلام ، ولا يضرنا كثرة المخالفين لنا •

١٢٤ — أما إذا كان الاختلاف من النوع الثالث ، وهو الاختلاف الشائع المقبول ، فعلينا أن لا تضيق به صدورنا ولا نندهش أو نستغرب من وقوعه كما قلنا من قبل •

وإذا أردنا المقارنة بين آراء الفقهاء فعلينا أن نكون على قدر كبير من العدل والإنصاف والرغبة الكاملة في معرفة الرأي الصواب ، دون أن يكون لنا هوى مسبق نحو رأي معين • إن حال من يقارن بين الآراء الفقهية يجب أن يكون كحال الكيمياوي الذي يفحص مادة معينة في قناني متعددة ليعرف أيها يحتوي على المادة النقية الصافية الخالية من الشوائب دون أن يكون له هوى مسبق بواحدة منها ، لأن همه منصب لمعرفة القنينة ذات المادة النقية وليس همه أن تكون القنينة هذه أو تلك • ومع هذا التجرد عن الهوى والرغبة الحقة في معرفة الصواب أو الراجح من الأقوال ، يجب لمن يتصدى لدراسة آراء الفقهاء المختلفة أن يكون

على قدر كبير من التؤدة والصبر حتى لا يتعجل القول فيما يبدو له من رأي راجح أو ضعيف • كما عليه أن ينظر إلى الفقهاء المختلفين نظرة احترام وتقدير ، وأن يتأدب معهم في القول ، وأن يحسن الظن بهم حتى فيما أخطؤوا فيه ، لأنهم مأجورون مثابون ، بذلوا جهدهم في تعريف الناس بأحكام الشرع ، وقد رفع الله تعالى أقدارهم قال تعالى :

(يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات) •

وهم أولى المؤمنين بموالاة المؤمنين ونصرتهم ومحبتهم ، قال شيخ الاسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى في رسالته القيمة « رفع الملام عن الأئمة الاعلام » : « وبعد : فيجب على المسلمين بعد موالاة الله ورسوله موالاة المؤمنين كما نطق به القرآن ، خصوصا العلماء الذين هم ورثة الأنبياء الذين جعلهم الله بمنزلة النجوم يهتدى بهم في ظلمات البر والبحر ، وقد أجمع المسلمون على هدايتهم ودرايتهم ، إذ كل أمة قبل مبعث محمد صلى الله عليه وسلم ، فعلماؤها شرارها إلا المسلمين فإن علماءهم خيارهم • فإنهم خلفاء الرسول في أمته ، والمحيون لما مات من سنته ، بهم قام الكتاب وبه قاموا ، وبهم نطق الكتاب وبه نطقوا • وليعلم أنه ليس أحد من الأئمة المقبولين عند الأمة قبولاً عاماً يتعمد مخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء من سنته ، دقيق ولا جليل ، فإنهم متفقون اتفاقاً يقينياً على وجوب اتباع الرسول ، وعلى أن كل أحد من الناس يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكن إذا وجد لواحد منهم قول جاء حديث صحيح بخلافه فلا بد له من عذر في تركه » •

القسم الثاني

الكفالة والحوالة

الكفالة

تمهيـــد :

١٢٥ ــ إذا قال شخص لآخر : أنا كفيل لك بدينك على فـلان وقبل الدائن ، كان هذا التصرف في عرف الفقهاء كفالة ، أو كما يسميه البعض ، ضماناً . والدائن يسمى المكفول له أو المضمون له ، والمدين يسمى الأصيل أو المكفول عنه أو المضمون عنه . والدين يسمى المكفول به أو المضمون . والشخص الذي تعهد والتزم بأداء الدين إلى الدائن عن المدين يسمى الكفيل أو الضامن .

والكفالة من عقود التبرعات[٥٨]، وقد تكون تبرعاً ابتداء ومعاوضة انتهاء إذا كانت بأمر المكفول عنه ، كما سنبينه فيما بعد . وهي أيضاً من عقود التوثيق ، لأن الدائن يتوثق بها لاستيفاء دينه لأن الكفيل بكفالته يكون قد ضم ذمته إلى ذمة المدين في الدين أو في المطالبة به دون أن يسقط التزام الأصيل بأداء الدين إلى الدائن عند جمهور الفقهاء كما سنرى ، وفي هذا توثيق ظاهر للدائن وتكثير لفرص استيفاء دينه .

١٢٦ ــ والكفالة مشـروعة ، ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والاجماع . ففي كتاب الله قوله تعالى :

(ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)

والزعيم هو الكفيل كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما .

---

(٥٨) الكفالة عقد على راي بعض الفقهاء ، وهي تصـرف بالإرادة المنفردة على رأي بعض آخر كما ستبينه فيما بعد .

وقد اعترض على هذا الاستدلال بأنه ليس من باب الكفالة . إذ ليس في الآية كفالة انسان عن انسان وإنما هو رجل التزم عن نفسه . ورد هذا الاعتراض بأنه لا فرق بين التزام الانسان عن نفسه وبين التزامه بما التزم عن غيره . وقيل أيضاً في توجيه الآية الكريمة للاستدلال بها على مشروعية الكفالة : إن الكفيل كان رسولاً من الملك ، والرسول سفير ، فكأنه قال : إن الملك يقول : لمن جاء به حمل بعير . ثم قال الرسول : وأنا بذلك الحمل زعيم ، أي كفيل . واعترض أيضاً بأن هذا شرع من قبلنا وهو ليس شرعاً لنا ، ورد هذا الاعتراض بأن الله تعالى إذا حكى لنا عن شرع الماضين دون إنكار ، دل ذلك على صلاحه ، لا فساده وبالتالي يصير شرعاً لنا .

وفي السنة النبوية الشريفة « الزعيم غارم » أي الكفيل ضامن . كما أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس يكفلون فأقرهم على ذلك ، وأجمع المسلمون — كما يقول ابن قدامة الحنبلي — على جواز الكفالة في الجملة ، وإن اختلف الفقهاء في بعض فروعها .

١٢٧ — أما حكمة مشروعيتها فهي من باب التعاون ، والتعاون مرغوب فيه في الشريعة الاسلامية ، قال تعالى :

(وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) .

ووجه التعاون فيها أنها تسهيل لأمور المحتاجين لما فيها من توثيق لحقوق الدائنين .

منهج البحث :

١٢٨ — تنعقد الكفالة إذا توفرت أركانها وتحققت شروطها ، فإذا انعقدت ترتبت عليها أحكامها الشرعية ومنها مطالبة الكفيل بإيفاء الدين إلى مستحقه . فإذا ما أدى الكفيل الدين فقد انتهت الكفالة . وإذا ما

انتهت الكفالة جاز للكفيل بشروط معينة ، أن يرجع على الأصيل بما أداه عنه . فلا بد من بيان ذلك كله وما يتعلق به في فصول متتالية على النحو التالي مبتدئين أولاً بتعريفها .

الفصل الاول

تعريف الكفالة

أولاً ـ تعريفها في اللغة(٥٩)

١٢٩ ـ الكفالة في اللغة تعني الضم والضمان . قال تعالى : (**وكفلها زكريا**) . يعني إليه ، وجعله كافلاً لها وضامناً لمصالحها . ومن قرأها بدون تشديد ، فالمعنى ضمن القيام بأمرها .

وتكفلت بالشيء معناه قد ألزمته نفسي . وكفل المال وبالمال ضمنه . وكفل بالرجل يكفل كفالة : ضمنه ، وكفل عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلاً : ضمنه .

والكفالة والضمان والحمالة والزعامة والقبالة بمعنى واحد . ولهذا يقال : كفيل وضمين وضامن وقبيل وحميل وزعيم ، والمعنى واحد .

ثانياً ـ تعريفها في الاصطلاح الشرعي(٦٠)

١٣٠ ـ أولاً ـ عند الحنفية :

ذهب أكثر الحنفية إلى أن الكفالة شرعاً هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين .

---

(٥٩) اللسان لابن منظور : ١٠٧/١٤ وما بعدها ، والنهاية في غريب القرآن لابن الأثير : ١٩٢/٤ ، وتفسير الزمخشري ، سورة آل عمران .

(٦٠) في الفقه الحنفي : المبسوط للسرخسي : ١٦٠/١٩ ـ ١٦١ ، البدائع للكاساني : ٢/٤ ، الهداية وفتح القدير : ٢٨٢/٦ وما بعدها =

وقال آخرون من الحنفية : الكفالة ضم الكفيل إلى ذمة الأصيل في الدين •

والتعريف الأول هو الذي ذهب إليه أكثر الحنفية وذكرته متونهم ، وهو الأصح كما جاء في الهداية وغيرها ، والتعريف المختار ، على حد قول صاحب فتح القدير • وهو الذي اختارته مجلة الأحكام العدلية وهي فقه حنفي قنن في العهد العثماني فقد جاء في المادة (٦١٢) منها : « الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بشيء • يعني أن يضم أحد ذمته إلى ذمة آخر ويلتزم أيضاً في المطالبة التي لزمت في حق ذلك » ونفس هذا التعريف ذكره صاحب كتاب مرشد الحيران ، وهو فقه حنفي ، جعله صاحبه على شكل مواد ، فقد جاء في المادة (٧٢٩) منه : « الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بنفس أو دين أو عين » •

والواقع أن الخلاف بين الحنفية في تعريف الكفالة إنما ينصب على نوع واحد منها هو الكفالة بالدين ، منهم من قال : الكفالة به تعني

= ابن عابدين في حاشيته على شرح تنوير الأبصار : ٢٨١/٥ . وفي الفقه الحنبلي : المغني لابن قدامة : ٥٣٤/٤ وما بعدها . والانصاف للمرداوي الحنبلي : ١٨٨/٥ — ١٨٩ . والعدة شرح العمدة للمقدسي ص ٢٤٥ .وفي الفقه الشافعي : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج : ٤٤٣/٤ ، وشرح المجموع للنووي : ٤٦٦/١٣ . والبجيرمي على منهج الطلاب : ٢٥/٣ ، وفي الفقه المالكي : حاشيةالدسوقي : ٣٣٠/٣ ، وبداية المجتهد: ٢٤٨/٢ ، ومواهب الجليل للحطاب : ٩٦/٥ . وفي فقه الشيعة الإمامية : مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة للعاملي : ٣٤٨/٥ وما بعدها وهداية الانام للبغدادي : ١٩٣/٢ ، ومنهاج الصالحين للسيد محسن الحكيم : ١٠٦/٢ ومستمسك العروة الوثقى : ٢٠٩/١١ وما بعدها. وفي فقه الظاهرية: المحلى لابن حزم: ١١٠/٨ وما بعدها وفي فقه الزيدية: الروض النضير: ٧٠/٤ وما بعدها .

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في أصل الـدين ، ومنهم من قـال : الكفالة به تعني ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة به لا بأصل الدين • أما النوعان الآخران من الكفالة ، وهما الكفالة بالنفس وبالعين، فالاتفاق حاصل فيما بينهم على أن الكفالة بهما تعني الضم في المطالبـة بهما • وعلى هذا من عرفها بأنها ضم في الدين أراد بتعريفه الكفالـة بالدين فقط •

ومهما يكن من شأن هذا الخلاف ، فإن الكفالة عند الحنفية تشمل الكفالة بالدين وبالعين وبالنفس كما سنبين ذلك فيما بعد •

١٣١ ـ ثانياً ـ عند الشافعية :

الضمان شرعاً عقد يقتضي التزام ديـن ثابت في ذمـة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره •

ويفهم من هذا التعريف أن الكفالة بمفهومها عند الحنفية ويسميها الشافعية الضمان ، يشتمل بمعناه العام على ثلاثة أقسام :

الأول ـ ضمان الدين ، وبموجب هذا الضمان يلتزم الضامن ما في ذمة المدين من دين بحيث تنشغل به ذمته مع بقائـه شاغلاً ذمـة المدين الأصلي •

الثاني ـ ضمان العين ، ويراد به عندهم رد العين ، كما في ضمان العين المغصوبة ، حيث يلتزم الضامن بردها إلى المغصوب منه ما دامت قائمة كما سنبين ذلك فيما بعد •

الثالث ـ ضمان النفس ، ويراد به عندهم التزام الضامن بإحضار شخص معين ، وهذا النوع من الضمان يسمونه كفالة ، كمـا سنبينه فيما بعـد •

١٣٢ ــ ثالثاً ــ عند المالكية :

الضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق ، أي أن الدين يشغل ذمة الضامن مع ذمة المدين ، المضمون عنه ،سواء كان هذا الحق غير متوقف على شيء كما في ضمان الأموال ، أو كان متوقفاً على شيء آخر كعدم إتيان المضمون في ضمان الوجه أو تفريطه في طلب الدين والتفتيش عنه[٦١] . ويفهم من هذا التعريف وتوضيحه ، أن الضمان عندهم ثلاثة أنواع ، هي :

النوع الأول ــ ضمان الأموال ، وفيها تشغل ذمة الضامن بما شغلت به ذمة المدين من دين دون توقف في هذا على شيء آخر ، كما لو قلت : أنا ضامن بما لك من دين في ذمة فلان .

النوع الثاني ــ ضمان الوجه ، وفيه يلتزم الضامن بإحضار من عليه الدين ، فإذا لم يحضره شغلت ذمته بالدين .

النوع الثالث ــ ضمان الطلب ، وفيه يلتزم الضامن طلب المدين والتفتيش عنه ، فإذا فرط في ذلك ، شغلت ذمته بما شغلت به ذمة المدين كما سنوضح ذلك فيما بعد .

١٣٣ ــ رابعاً ــ عند الحنابلة :

الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتيهما جميعاً[٦٢] . وفي كشاف القناع : الضمان ، التزام من يصح تبرعه أو التزام مفلس برضاهما ما وجب على غيره أو ما يجب على غيره مع بقائه عليه أي على الغير[٦٣] .

---

(٦١) الشرح الكبير للدردير : ٣/٣٣٠ .
(٦٢) المغني : ٤/٥٣٤ .
(٦٣) كشاف القناع عن متن الاقناع : ٢/١٧٣ .

ويستفاد من هذا التعريف، أن الضمان عندهم يشمل ضمان الديون الثابتة حيث تنشغل بها ذمة الضامن مع بقائها في ذمة المضمون عنه ، ويشمل أيضاً ضمان الديون التي تجب في المستقبل ، ويشمل ضمان ما يؤول إلى الوجوب ، كما في ضمان الأعيان المضمونة بنفسها كالعين المغصوبة ، لأنها واجبة الرد إلى المغصوب منه فإن هلكت وجب على الغاصب أداء قيمتها فتتعلق بذمته وذمة الضامن • ويشمل الضمان أيضاً عندهم احضار شخص معين ، فيكون الضامن مطالباً بذلك ويسمون هذا النوع من الضمان ، بالكفالة كما سنبينه فيما بعد •

١٣٤ ــ خامساً ــ الشيعة الإمامية :

الضمان عندهم عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أو لا" •
وقالوا : إن الضمان مشترك لفظي بين معنيين أعم وأخص ، فالأعم هو التعهد على وجه خاص بنفس أو مال ، لمن كان له في ذمته دين ، أو لم يكن له في ذمته دين • فإن كان نفساً فهو الكفالة، وإن كان مالا"، فإن كان في ذمته شيء فهو الحوالة ، وإلا فالضمان بالمعنى الأخص • إلا أن الضمان إذا أطلق بغير قيد ، فالمتبادر منه ، عندهم ، المعنى الأخص وعللوا ذلك بكثرة تداوله • وإذا أريد منه القسمان الآخران أي ضمان النفس أو الحوالة احتيج إلى التقييد ، كأن يقال ضمان نفس ، أوضمان لمن في ذمته شيء[٦٤] • ومعنى ذلك أن الضمان ، عند إطلاقه ، يراد به ضمان الدين حيث لا يكون الضامن مديناً للمضمون عنه بمثل الدين الذي ضمنه عنه ، وهذا هو الفرق بينه وبين الحوالة ، وإن كان الدين فيهما ــ أي في الحوالة وفي ضمان الدين بالمعنى الأخص ــ ينتقل من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن •

١٣٥ ــ سادساً ــ الظاهرية :

قال ابن حزم في المحلى : « الكفالة هي الضمان • وهي الزعامة

---

(٦٤) مفتاح الكرامة قواعد العلامة ٣٤٩/٥ .

وهي القبالة ، وهي الحمالة ، فمن كان له على آخر حق مالي من بيع أو من غير بيع من أي وجه كان ، حالاً أو إلى أجل سواء كان الذي عليه الحق حياً أو ميتاً فضمن له ذلك الحق انسان ، لا شيء عليه للمضمون عنه ، لطيب نفسه وطيب نفس الذي له الحق فقد سقط ذلك الحق عن الذي كان عليه وانتقل إلى الضامن ولزمه بكل حال ، ولا يجوز للمضمون له أن يرجع على المضمون عنه ولا على ورثته أبداً من ذلك الحق ... الخ »[٦٥] .

ومعنى ذلك أن الكفالة عند الظاهرية التزام دين المدين الأصلي على وجه ينتقل به إلى ذمة الضامن ولا يبقى في ذمة المضمون عنه . ويفهم أيضاً من هذا التعريف أن الظاهرية لا يرون ضمان النفس ، وهو ما صرحوا به كما سنبينه فيما بعد .

١٣٦ ــ الموازنة بين هذه التعاريف :

الشيء البارز الذي اختلفت فيه هذه التعاريف هو أثر الكفالة في الدين المكفول به من جهة انتقاله إلى ذمة الكفيل ، أو بقائه في ذمة الأصيل مع ثبوته في ذمة الكفيل أيضاً ، أو بقائه في ذمة الأصيل فقط مع مطالبة الكفيل به فقط .

فالحنفية في تعريفهم المختار يرون أن الدين لا ينتقل من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل ، ولا تنشغل به مع ذمة الأصيل ، وإنما يطالب الكفيل به فقط .

والجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة والزيدية وبعض الحنفية

---

(٦٥) المحلى : ٥/١١١ .

يرون أن الدين يبقى في ذمة الأصيل مع ثبوته في ذمة الكفيل وتعلقه بها ، ومن ثم يطالب به على هذا الأساس . والظاهرية والشيعة الإمامية وفقهاء آخرون يرون انتقال الدين إلى ذمة الكفيل على نحو لا يبقى معه له أي تعلق بذمة الأصيل ، حتى إنه يرى أن الكفالة عندهم كالحوالة من هذه الجهة ، والفرق بينهما ، أن الكفيل في كفالة المال لا يكون مديناً للمكفول عنه بمثل المكفول به ، بينما في الحوالة يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل الدين المحال به .

١٣٧ — وعلى هذا يكون في كفالة الدين ثلاثة اتجاهات في الفقه الإسلامي من جهة أثرها في الدين :

الأول — يتعلق الدين بذمة الكفيل مع بقائه متعلقاً بذمة الأصيل وشاغلاً لها . وهذا على رأي الجمهور .

الثاني — يبقى الدين شاغلاً ذمة الأصيل فقط دون الكفيل مع ثبوت حق مطالبتهما به ، وهذا على رأي بعض الفقهاء وهو المختار عند الحنفية .

الثالث — ينتقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيل على وجه تبرأ فيه ذمة الأصيل من الدين، ولا يبقى للدائن أي حق قبله، وإلى هذا ذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبو ثور من الفقهاء القدامى وبه قال الظاهرية والشيعة الإمامية .

أدلة الاتجاه الأول :

١٣٨ — احتج أصحاب هذا الاتجاه ، وهم القائلون بأن الكفالة تعني ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في أصل الدين ، وليس في المطالبة فقط بما يأتي :

أولاً — ما دام الكفيل يطالب بالدين كالأصيل فلا بد من القول بثبوت الدين في ذمته ، لأن المطالبة فرع لثبوت الدين ولا يتصور الفرع بدون أصله .

ثانياً — تصح هبة الدائن الدين إلى الكفيل ولو لم يكن الدين ثابتاً في ذمته لما صحت الهبة له ، لما عرف من أن هبة الدين إلى غير المدين لا تصح .

ثالثاً — يصح شراء الدائن شيئاً من الكفيل في مقابل دينه ، وهذا دليل على ثبوت الدين في ذمته ، لأن القول بخلافه يؤدي إلى تمليك الدين لغير المدين ، وهذا لا يجوز .

رابعاً — وفاة الكفيل لا تبطل الكفالة ، بدليل استيفاء الدين من تركته ، وهذا يدل على أن الدين ثابت في ذمته ، وليس المطالبة فقط ، لأن المطالبة تسقط بالموت كما هو الحال في الكفالة بالنفس .

مناقشة الأدلـــة :

١٣٩ — قولهم : المطالبة فرع للدين ، ولا يتصور الفرع بدون أصله . يمكن أن يرد عليه بأن ما قالوه وإن كان هو القاعدة ، ولكن يتصور انفصال المطالبة عن الدين كالوكيل بالشراء يطالب بثمن المبيع وهو ثابت في ذمة موكله لا في ذمته هو . فكذا في مسألة الكفيل : يطالب بالدين وهو ثابت في ذمة الأصيل دون ذمته . وانفصال المطالبة عن ثبوت الدين تشبه انفصال ملك التصرف في حق الراهن عن ملك العين المرهونة ، فالراهن يملك العين ولا يملك التصرف فيها ما دامت مرهونة ، والولي على الصغير يطالب بأداء ما لزم الصغير من ضمان بسبب اتلافه مال الغير ، من مال الصغير ، مع أن هذا الضمان ثبت في ذمة الصغير وليس في ذمة وليه . فالمطالبة إذن يمكن انفصالها عن الدين في حالات ،

فكذا تفصل في مسألة الكفالة فيطالب الكفيل بالدين وهو ثابت في ذمة الأصيل لا في ذمته .

١٤٠ — احتجاجهم بصحة هبة الدين إلى الكفيل من قبل الدائن ، وصحة شراء الدائن مالاً من الكفيل في مقابل دينه ، يرد عليه أصحاب الاتجاه الثاني ، بحجة الضرورة ، أي أن الضرورة تقضي باعتبار الدين متعلقا بذمة الكفيل في هاتين الحالتين تصحيحاً لتصرف الدائن ، جاء في فتح القدير في بيان هذا الرد « أنا جعلناه في حكم الدينين — أي دين الأصيل ، جعلناه متعلقاً بذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل — تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل ، وقبله لا ضرورة فلا فلا داعي إلى ذلك »[٦٦] .

١٤١ — احتجاجهم بعدم بطلان الكفالة بوفاة الكفيل ، يمكن أن يرد عليه بأن المطالبة تتعلق بتركة الكفيل بعد موته ومن ثم تبقى الكفالة ولا تبطل ، وهذا بخلاف الكفالة بالنفس فإن موت الكفيل يبطل الكفالة لعجزه التام عن إحضار المكفول به ، ولا يتعلق بالتركة شيء ،لأن المكفول به نفس ولا يجوز اعطاء المكفول له مالاً بدلاً من النفس .

أدلـة الاتجاه الثاني :

١٤٢ — ومن أدلة أصحاب الاتجاه الثاني ، أي أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وليس في أصل الدين :

أولاً — قالوا : إن الغرض من الكفالة هـو التوثق ، وهـذا يحصل بثبوت حق المطالبة للدائن في ذمة الكفيل ولا يستلزم بالضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل ، لأن المطالبة قد تنفصل عن أصل الـدين

---

(٦٦) فتح القدير : ٢٨٤/٦ .

كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل • ولكن إذا قضت الضرورة باعتبار الدين ثابتاً في ذمة الكفيل كما في هبة الدين له قلنا بثبوته نزولاً عند حكم الضرورة •

ثانياً — إن الدين بعد الكفالة يبقى في ذمة الأصيل كما كان قبلها، فالقول بثبوت الدين في ذمة الكفيل أيضاً يعني جعل الدين دينين ، وبالتالي يحق للدائن استيفاء دينه مضاعفاً ، وهذا لا يجوز •

مناقشة الأدلة :

١٤٣ — يمكن الرد على الدليل الأول ، بأن الأصل تبعية المطالبة فلا تثبت بدونه ، وأما انفصال المطالبة عن الدين في بعض الحالات ، فمرده وجود ما يدعو إلى هذا الانفصال كما في مسألة الوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو ثابت في ذمة الموكل لا في ذمته ، لأن حقوق العقد تعود إلى العاقدين ، ومن هذه الحقوق حق البائع في مطالبة الوكيل بالشراء بالثمن • أما في الكفالة ، فليس فيها ما يدعو إلى الخروج عن أصل تبعية المطالبة للدين وكونها فرعاً له • وأما التشبث بالضرورة للاعتذار عن الخروج عن اتجاههم ، واعتبار الدين ثابتاً في ذمة الكفيل فهو في الحقيقة تشبث ضعيف الإدعاء بوجود الضرورة •

كما يمكن الرد على دليلهم الثاني ، بأن ثبوت الدين في الذمة ، هو في الحقيقة ، اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين كما يقول صاحب فتح القدير • كما أن تعلق الدين بذمة الكفيل والأصيل لا يترتب عليه ما قالوه من ان الدائن يستوفي دينه مرتين ، لأن تعلق الدين بذمتيهما إنما يكون على وجه يقضي بأن أداءه من قبل أحدهما يسقطه عن الآخر ويبرىء ذمته منه • ولهذا النوع من التعلق أمثلة كالغاصب وغاصب الغاصب ، فكلاهما ضامن بدل المغصوب عند هلاكه ، وهذا البدل ثابت في ذمة كليهما ولكن لا يملك

المغصوب منه إلا استيفاء بدل واحد فقط ، وكل الفرق بين هذه المسألة ومسألة الكفالة ، أن للدائن في الكفالة حق مطالبة الأصيل والكفيل ، أيهما شاء ومتى شاء حتى يستوفي دينه ، أما المغصوب منه فلا يملك مثل هذا الحق في المطالبة فهو إذا اختار مطالبة الغاصب وتضمينه ، لم يملك بعد مطالبة غاصب الغاصب لبراءته من الضمان بمطالبته للغاصب ، لأنه لما اختار مطالبة أحدهما كان ذلك منه بمعنى تمليكه المغصوب فيبرأ الثاني، بينما في الكفالة لاتحصل البراءة من الدين في حق الكفيل والأصيل إلا بالاستيفاء فعلاً من أحدهما ، ولهذا يملك الدائن مطالبة كل واحد منهما به[٦٧] .

أدلة الاتجاه الثالث :

١٤٤ ــ من أدلة أصحاب الاتجاه الثالث ، أي أن الضمان ينقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الضامن :

أولاً ــ الحديث الشريف الذي ذكره ابن حزم في المحلى ، وقد جاء فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم امتنع عن الصلاة على ميت لوجود دين عليه لم يترك له وفاء ، فقال أبو قتادة « صل عليه يارسول الله ، وعلي دينه ، فصلى عليه » وقد قال ابن حزم تعليقاً على هذا الحديث واحتجاجاً به : « وفيه أن الدين يسقط بالضمان جملة لأنه لو لم يسقط عن الميت وينتقل إلى ذمة أبي قتادة لما كانت الحالة إلا واحدة ، وامتناعه عليه السلام من الصلاة عليه قبل ضمان أبي قتادة لدينه ثم صلاته عليه السلام بعد ضمان أبي قتادة برهان صحيح على أن الحال الثانية غير الأولى ... الخ »[٦٨] كما احتج برواية أخرى

---

(٦٧) المبسوط : ١٦١/١٩ .
(٦٨) المحلى لابن حزم : ١١٢/٥ .

للحديث جاء فيها « وبرىء الميت منه » أي برىء من الدين بعد ضمانه .

ثانياً — ومن أدلتهم أن الدين واحد ، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه لامحالة كالدين المحال به ، وذلك لأن الدين الواحد لايمكن أن يحل في محلين .

ثالثاً — واحتج الشيعة الإمامية بإجماعهم وبخبر أبي قتادة ، وضمانه لدين الميت جاء في مفتاح الكرامة « الضمان ناقل وإن لم يرض المديون بدليل اجماع الطائفة كما في الغنية وعند علمائنا أجمع كما في التذكرة ... وخبر ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وخبر ضمان أبي قتادة يدلان على ذلك »(٦٩) .

مناقشة الأدلة :

١٤٥ — الحديث الذي ذكره ابن حزم صحيح ، رواه الإمام البخاري ، وقد جاء في شرح القسطلاني بصدد هذا الحديث « وفي رواية ابن ماجه من حديث أبي قتادة نفسه . فقال أبو قتادة : أنا أتكفل به . زاد الحاكم في حديث جابر : فقال — أي رسول الله صلى الله عليه وسلم — هما — أي الديناران ، دين الميت — عليك . وفي رواية مالك : والميت منهما بريء ، قال نعم ، فصلى عليه ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا لقي أبا قتادة يقول : « ما فعل الديناران ؟ » حتى كان آخر ذلك أن قال : قد قضيتهما يا رسول الله ، قال : « الآن حين بردت عليه جلدته »(٧٠) .

وليس في الحديث الذي ذكره ابن حزم رحمه الله دليلاً على

(٦٩) مفتاح الكرامة : ٣٨٢/٥ .
(٧٠) ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري للقسطلاني : ١٤٦/٤

انتقال الدين إلى ذمة الكفيل وبراءة ذمة الأصيل منه ، وقول ابن حزم لو لم يسقط الدين لما كانت الحال إلا واحدة ، يرد عليه أن الحال الثانية غير الأولى من جهة وجود الضامن الذي يمكن استيفاء الدين منه ، وهذا القدر يكفي للقول بأن الحال الثانية غير الأولى ، إذ لايلزم من مغايرة الحالة الثانية للأولى انتقال الدين إلى ذمة الضامن كماذهب ابن حزم رحمه الله • ويؤيد هذا التوجيه ما جاء في الرواية الأخرى : «الآن بردت عليه جلدته» • مما يدل على أن الدين بقي في ذمة الميت ، وأن براءة ذمته على الحقيقة إنما كانت بعد القضاء عنه ، لا بمجرد الضمان عنه •

وأما صلاته صلى الله عليه وسلم على الميت المكفول عنه فلأنه بضمان أبي قتادة صار له وفاء ، لا أن الدين سقط عن الميت بمجرد الضمان ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، فمع وجود الوفاء ، أو إمكانه بوجود الضامن يرتفع المانع • والحكمة في هذا الامتناع من النبي صلى الله عليه وسلم تحريض الناس على قضاء ديونهم في حياتهم والتوصل إلى البراءة منها •

وأما عبارة « والميت منهما بريء » التي وردت في بعض روايات الحديث فتعني أن الضامن صار هو المطالب بالدين ، وهذا على سبيل التأكيد لوجوب الأداء على الضامن كما يقول ابن قدامة في المغني ، أو بمعنى دخوله في الضمان تبرعاً لاينوي رجوعه بحال كما قال صاحب الروض النضير[٧١] •

١٤٦ ــ وقولهم : إن الدين الواحد لا يحل بمحلين ، يرد عليه أن هذا يصدق في الأشياء المحسوسة ، فالشيء الواحد لايمكن أن يحل في محلين ، أما في الأمور الاعتبارية كتعلق الدين بالذمة فيمكن

(٧١) المغني : ٥٤٧/٤ ، والروض النضير : ٧٤/٤ .

ذلك كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن ، وكالواجب الكفائي هو واحد ولكن له تعلق بذمم المكلفين ، وتعلقــه هذا لايعني تعــدده ، لأنه في الحقيقة واحد وتعدده بالنسبة لمن تعلق بهم ، ولهذا إذا قام به البعض سقط عن الباقين ، فكذلك تعلق الدين بذمة الأصيل وذمة الكفيل .

وتشبيههم الدين المكفول به بالدين المحال به تشبيه غــير دقيق لأن الحوالة تنبىء عن التحول فتقتضي تحول الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وليس الأمر كذلك في الكفالة ، إذ أنها تدل على الضم بين ذمتين في تعلق الحق بهما سواء كان هذا الحق هو الدين والمطالبة ، أو المطالبة به فقط .

١٤٧ — أما احتجاج صاحب مفتاح الكرامة بإجماع الطائفــة ، فيرد عليه أن طائفته ليست هي كل الأمة والإجماع المعتبر ما كان من كل الأمة لامن بعضها ، وكذا يقال عن قوله « وعندعلمائناأجمع » لأنهم ليسوا كل علماء الأمة فلا يكون إجماعهم حجة على الأمة كلها . وأمــا احتجاجه بخبر أبي قتادة وعلي رضي الله عنه فليس فيه ما يدل عــلى مدعاه ، وقد سبقه ابن حزم في التمسك به والاحتجاج به ، وقد رأينا ما يرد عليه وأنه لاينهض حجة لما ذهب إليه .

التعريف المختــار :

١٤٨ — من عرض أدلة الأقوال المختلفة في أثر الكفالة بالنسبة للدين وما ورد عليها من اعتراضات ، يظهر لنا أن القول بانتقال الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة الكفيــل قول لايوجد ما يرجحــه . ويبقى الاتجاهان الآخران ، الأول ويذهب إلى أن الكفالة تعني الضــم في الدين ، والثاني ويذهب إلى أنها تعني الضم في المطالبة ، والثاني يرجح على الأول لشموله جميع أنواع الكفالة ، أي سواء كانت بالنفس أو بالدين أو بالعين ، كما أنه يلتقي عملياً مع الاتجاه الأول ، اعتماداً على

الضرورة كما رأينا في مسألة هبة الدين للكفيل من قبل دائنه ، وكيف أن القائلين بالضم في المطالبة يصححون هذا التصرف ، ويقبلون افتراض تعلق الدين بذمة الكفيل تصحيحاً لتصرف الدائن . ومما يدل على هذا التلاقي العملي بين هذين الاتجاهين ، عدم ذكر العلماء ثمرة عملية على هذا الخلاف سوى ما قالوه « إذا حلف الكفيل أن ليس عليه دين لم يحنث في يمينه على القول الأول ــ أي على القول أن الكفالة ضم في المطالبة ــ ويحنث فيه على القول الثاني ــ أي على القول انها ضم في الدين ــ » ، أما من جهة الأدلة ، فإنها متقاربة في القوة ، وربما رجحت قليلاً أدلة القائلين بالضم في المطالبة . وعلى هذا فالذي نرجحه من هذه الاتجاهات الثلاثة ، أن الكفالة بالدين لاينتقل بها الدين، ولا تنشغل بها ذمة الكفيل مع بقائه شاغلاً ذمة الأصيل ، وإنما تتعلق المطالبة به بذمة الكفيل ، وهو ما اختارته مجلة الأحكام العدلية ، كما ذكرنا من قبل ، وهو ما اختاره القانون المدني العراقي بالمادة (١٠٠٨) ونصها : « الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام » .

١٤٩ ــ هذا ، وان بين تعاريف الفقهاء للكفالة فروقاً أخرى غير التي ذكرناها في كفالة الدين وانتقاله أو عدم انتقاله بها ، وسنشير إلى هذه الفروق عند كلامنا عن أبحاث الكفالة الآتية :

الفصل الثاني

انعقـــاد الكفـــالة

المبحث الأول

ركن الكفالـــة

القول الأول ــ ركنها الايجاب والقبول :

١٥٠ ــ ركن الكفالة الذي تنعقد به هو الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له[٧٢] . وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبه محمد بن الحسن الشيباني . وعلى هذا فالكفالة على هذا القول عقد ، والعقود لاتنعقد إلا بالإيجاب والقبول . وحجة أبي حنيفة وصاحبه أن الكفالة ليست التزاماً محضاً حتى تنعقد بالإيجاب فقط وإنما فيها معنى التمليك والتمليك لايتم إلا بالإيجاب والقبول كالبيع[٧٣] .

وإلى هذا ذهب الظاهرية أيضاً فالكفالة عندهم عقد لابد لانعقادها من الإيجاب والقبول . والواقع أن حجتهم ظاهرة لأن الكفالة عندهم يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل ، والدين حق الدائن فلا يمكن أن ينتقل حقه من ذمة مدينه إلى ذمة أخرى بدون رضـــاه .

١٥١ ــ وقد كان ينبغي أن يكون هذا القول مذهب الشـــيعة

---

(٧٢) اما قبول المكفول عنه فلا حاجة إليه ، فوجوده كعدمه .
(٧٣) البدائع للكاساني : ٢/٦ .

الامامية أيضاً بدون تردد أو احتمال لقول آخر لما علمت من أنهم يرون انتقال الدين بالكفالة من ذمة المدين إلى ذمة الكفيل، ولكنهم لم يقولوا بهذا القول جزماً وإنما ترجيحاً ، فقد جاء في قواعد العلامة « وفي اشتراط قبوله ــ أي المضمون له ــ احتمال » وقال صاحب مفتاح الكرامة في شرحه لهذه العبارة : « اختاره في اللمعة وهو الأقرب كما في التحرير والتذكرة ، والأصح كما في جامع المقاصد ، والأجود كما في المسالك ، والأقوى كما في الروضة . لأن الضمان عقد اجماعاً كما جاء في المقاصد فلا بد فيه من القبول ، ولأن المال للمضمون له فكيف يملك شخص نقله إلى ذمته بغير رضاه »(٧٤) .

ومثله في مستمسك العروة الوثقى ، إذ جاء فيه « ولكن لايبعد دعوى عدم اشتراط القبول ... »(٧٥) . والواقع أن حجة الترجيح قوية بالنسبة لإجماعهم على أن الكفالة عقد ، وعلى هذا لايبدو لنا سائغاً قول من قال : إن القبول هو الأقرب والأجود والأصح والأقوى لأن معنى ذلك أن القول بعدم اشتراط القبول جيد وصحيح وقوي وهذا لايتفق مع اعتبار الضمان عندهم عقداً كما علمت .

القول الثاني ــ الكفالة التزام وركنها الايجاب :

١٥٢ ــ وذهب آخرون ، كالحنابلة والمالكية إلى أن الكفالة التزام من قبل الكفيل بمحض اختياره وبإرادته المنفردة وتعهد منه بأداء الدين ، وبالتالي فليست الكفالة عقداً ، وإنما هي تصرف بالإرادة المنفردة يتم بإرادة الكفيل وحده ، وبالتالي فإنها تنشأ وتتحقق بإيجابه فقط ، دون حاجة إلى قبول المكفول له . فإيجاب الكفيل هو ركن الكفالة .

(٧٤) مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة : ٣٦٧/٥ .
(٧٥) مستمسك العروة الوثقى : ٢١٢/١١ .

١٥٣ — والى هذا القول ذهب أيضاً الشافعية في الأصح من مذهبهم كما جاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، حيث جاء فيه « والأصح أنه لا يشترط قبوله — أي المضمون له — ولا رضاه لأن الضمان محض التزام لا معاوضة فيه »[٧٦] ولكن جاء في حاشية البجيرمي ما يدل على أن هذا القول هو الذي عليه المذهب وأنه قول واحد فليس هناك صحيح وأصح ، فقد جاء فيه « وفي كونه — أي الضمان — عقداً مسامحة لعدم احتياجه القبول ، فأطلق الكل على جزئه وهو الإيجاب »[٧٧] .

١٥٤ — وإلى هذا ذهب أبو يوسف من الحنفية ، فالكفالة عنده تنعقد بإيجاب الكفيل ، ولكن اختلف في توجيه قول أبي يوسف ، فقيل : تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل موقوفة على إجازة المكفول ، فإن أجازها نفذت ، وإن ردها أو مات قبل الإجازة والرد بطلت وقيل : إن معنى قوله انها تنعقد نافذة ولكنها ترتد بالرد ، وهذا التوجيه هو الأصح كما قال ابن عابدين في حاشيته[٧٨] .

١٥٥ — والحجة لهذا القول ، أن الكفالة تعني الضم لغة ، والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ، فليس فيها معنى التمليك بدليل أنها تحتمل الجهالة والتعليق بالشرط ، والتمليك لايحتمل ذلك ، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل فأشبه النذر . وأيضاً فإن حديث أبي قتادة حيث ضمن دين الميت ، لم يرد فيه قبول الدائن ، فعلم أن قبوله ليس ركناً لانعقاد الكفالة ، وأنها التزام محض من الكفيل يتم بإيجابه فقط .

---

(٧٦) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للرملي : ٤/٤٢٥ .
(٧٧) حاشية البجيرمي على منهج الطلاب : ٣/٢٧ .
(٧٨) حاشية ابن عابدين : ٥/٢٨٣ .

القول الراجح :

١٥٦ ــ والراجح من القولين ، أن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط ، فالإيجاب هو ركنها ، لأنها التزام من الكفيل بأداء الدين فهو يتصرف في خالص حقه وفيما له الولاية عليه ، وهذا الالتزام ينشأ بإرادته فقط دون توقف على قبول المكفول له . ولكن القبول من المكفول له يراد لأمر آخر ، وهو لزوم الكفالة وثبوت حق المطالبة للدائن ، ذلك أن نشوء الكفالة يترتب عليه إثبات حق المكفول له في مطالبة الكفيل بأداء الدين ، فلا يمكن إثبات هذا الحق له رغم أنفه ، ومن ثم قالوا في توجيه قول أبي يوسف الا ترتد بالرد بعد انعقادها نافذة .

ما اخذ به القانون المدني العراقي :

١٥٧ ــ وقد اختار القانون المدني العراقي القول بأنها تنعقد بإيجاب وقبول ، فقد جاء في المادة (١٠٠٩) : تنعقد الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له . ولكن هذا الاختيار غير سديد في نظرنا ، وقد يكون عذره في ذلك، ما يترتب على المكفول له من التزامات نص عليها القانون ، كما جاء في المادتين (١٠٢٦ و ١٠٢٧)[٧٩] ولا يجوز

---

(٧٩) نص المادة ١٠٢٦ :

١ ــ يلزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفاء الدين المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع .

٢ ــ فإذا كان الدين مضموناً بمنقول مرهون ، أو محبوس وجب على الدائن أن يتخلى عنه للكفيل . وإذا كان مضموناً بتأمين عقاري فإن الدائن يلتزم أن يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين للكفيل ويتحمل الكفيل مصروفات هذا النقل على أن يرجع بها على الدائن .

ونص المادة ١٠٢٧ :

الزامه بدون رضاه وقبوله ، كما يترتب على الكفالة حق المكفول له في المطالبة ، ولا يجوز إثبات حق لإنسان بدون رضاه . ولكن مع هـذا كله كان الأولى في نظرنا اختيار قول أبي يوسف وتوجيهه بأن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل نافذة ولكنها ترتد برد المكفول له .

---

١ ــ على الدائن أن يحافظ على ماللدين من ضمانات مراعياً في ذلك مصلحة الكفيل وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه ، من هذه الضمانات .

٢ ــ ويقصد بالضمانات كل تأمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة وكل تأمين مقرر بحكم القانون .

المبحث الثـــاني

صيغـة الكفالة

المقصود بالصيغة

١٥٨ ــ صيغة الكفالة : ما تظهر به الكفالة وتوجد في الخارج من إيجاب الكفيل وقبول الدائن ، أو من إيجاب الكفيل فقط عـلى اختلاف الرأيين فيما تنعقد به الكفالة كما بيناه •

وهذه الصيغة تتأدى بكل لفظ يدل على الـتزام الموجب ، أي الكفيل، وتعهده بأداء ما التزم به المدين ،كألفاظ الكفالة والزعامة والحمالة والضمان ونحو ذلك ، وسواء أكان اللفظ صريحاً أو كناية في دلالته على التعهد والالتزام ، فمن الصريح : ضمنت دينك عليه ، أو تحملته ، أو التزمته ، أو تكفلت به ، أو أنا بالمال أو باحضار الشخص الذي هو فلان ضامن ، أو كفيل أو زعيم أو حميل أو قبيل • ومن الكناية نحو دين فلان إلي أو عندي • وإذا خلا اللفظ من معنى التعهد والالتزام لم يصلح إيجاباً في الكفالة فلا تنعقد به كما لو قال : أنا أؤدي ما عليه، أو أنا أحضر ما عليه ، لم يصر ضامناً بذلك لأنه وعد وليس بالتزام • ومثل هذا لو قلت لآخر : بع مالك من فلان نسيئة ، أو باع ماله نسيئة وسألك البائع عن حال المشتري فأثنيت عليه لاتصير كفيلاً في الحالتين لأن هذه العبارة لاتفيد معنى الالتزام والتعهد بلفظها ولا دلالة فيهـا على هذا المعنى بالعرف[٨٠] •

(٨٠) نهاية المحتـاج : ٤/٤٤٠ ، ومفتاح الكرامـة : ٥/٣٥٦ ، وكشاف القناع : ٢/١٧٣ •

والقاعدة في هذا الباب أن الضمان يصح بكل لفظ فهم منه التعهد والالتزام والضمان عرفاً . وعلى هذه القاعدة يصح الضمان بقولك : زوجه وأنا أؤدي الصداق ، أو بعه وأنا أعطيك الثمن ، أو اتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك ما عليه من دين ونحوه مما يؤدي هذا المعنى « لأن الشرع لم يحدد ذلك بحد فرجع إلى العرف كالحرز والقبض »(٨١) .

١٥٩ — وتصح الكفالة بالنفس بكل لفظ يؤدي معنى التعهد والالتزام بمضمون هذه الكفالة كما لو قال : أنا كفيل بفلان أو بنفسه، وكذلك لو قال : أنا كفيل برأسه أو بوجهه أو بعينه ، انعقدت الكفالة بالنفس ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لاتتجزأ ، وكذلك لو قال : أنا كفيل بنصفه أو ثلثه أو بأي جزء شائع منه ، انعقدت الكفالة لأنه لايمكن أن يكون بعضه مكفولاً دون بعض ، ولأنه لايمكنه احضار ذلك إلا بإحضار كله . وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ، ففيه عند الحنابلة وجهان : أحدهما تصح الكفالة ، لأنه لايمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها التي كفل بها إلا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ، والوجه الثاني عند الحنابلة : لا يصح ، لأنه يمكن احضاره بدون بدنه ، وبهذا الوجه قال الشافعية معللين بأنه قد يقطع هذا العضو فيبرأ مع بقاء الانسان حياً . وبهذا أيضاً قال الحنفية فقد قالوا : إذا أضيفت الكفالة إلى أعضاء الانسان التي لايعبر بها عادة عن نفس الانسان فلا تنعقد الكفالة كما لو قال : أنا كفيل بيد فلان أو رجله . فحجة الحنفية في عدم انعقاد الكفالة بمثل هذا اللفظ هو عدم جريان العرف بالتعبير به عن الكفالة ،وحجتهم

---

(٨١) كشاف القناع : ٢/١٧٣ .

هذه أظهر من حجة غيرهم • ولو أضاف الكفيل الجزء إلى نفسه كأن يقول : اكفل لك نصفي أو ثلثي فإنه لايجوز ، ولكن يبدو أن الجواز أولى من عدمه لأنهم قالوا في تعليل جواز الكفالة إذا أضيفت إلى جزء شائع من بدن المكفول عنه ، أن النفس الواحدة في حق الكفالة لاتتجزأ، أي أن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله ، ونفس هذا التعليل يمكن إيراده عند إضافة الكفيل الجزء إلى نفسه • ولا تنعقد الكفالة إذا لم يبين الكفيل المكفول به كما لو قال : أنا ضامن متى تجتمعا •

١٦٠ ــ ولو قال : أنا كفيل بفلان ، كان ذلك كفالة بالنفس مالم توجد قرينة تدل على أنها كفالة بالمال ، لأن الكفالة بالنفس أدنى من كفالة المال ، ولو لم يصرح بالمال ولا قرينة عليها ، والأصل في الألفاظ حملها على أدنى ما تتحقق به معانيها ، بخلاف ما لو صرح بالمال أو وجدت القرينة عليه ، فإنها تكون كفالة مال قطعاً •

١٦١ ــ أما القبول ، إذا قلنا باشتراطه ، فإنه يصح بكل لفظ يدل عليه كقول المكفول له : قبلت أو رضيت ونحو ذلك • ويجوز أن يكون القبول دلالة ، كما لو طلب شخص من غيره قرضاً فلم يقرضه فقال رجل : أقرضه ، فما أقرضته فأنا ضامن • فأقرضه في الحال من غير أن يقبل ضمانه صراحة ، فالضمان صحيح •

١٦٢ ــ وكما يكون الإيجاب والقبول باللفظ ، يكون بالكتابة أو بالإشارة المفهومة ، كما لو كتب أخرس أنه كفيل بنفس فلان أو بماله، صح إيجابه وكذا قبوله ، لأن إشارته أو كتابته كاللفظ في الدلالة على المراد • ولكن لا يثبت الضمان بكتابة الأخرس حال كونها منفردة عن إشارة يفهم بها أن قصده الضمان لأنه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم فلا يكون ضامناً بالاحتمال ، ومن لاتفهم إشارته من الخرس لايصح ضمانه ولو بكتابة لما تقدم من أنه قد يكتب عبثاً أو تجربة قلم فليست هي

صريحة في الضمان • ذلك قول الحنابلة وتعليلهم ، وهو محل نظر شديد ، لأن الغرض أن يكتب بقصد الضمان لا بقصد العبث ، والقرينة هي التي تبين ذلك ، فلا معنى لعدم الاعتداد بكتابته وحدها بحجة هذا الاحتمال ، وكان الأصح تقييد كتابته التي تنعقد بها بوجود القرينة الدالة على قصده التعهد والالتزام أي كفالة الغير •

المبحث الثالث

أنواع الكفالة

تمهيد :

١٦٣ ـ إذا انعقدت الكفالة صحيحة ، فقد تكون منجزة أو معلقة أو مضافة إلى المستقبل ، وهذه هي أنواعها بالنسبة إلى صيغتها . وقد تكون الكفالة مطلقة أو مؤقتة أو معجلة أو مؤجلة أو مشروطة ، وهذه هي أنواعها بالنسبة إلى ما يلحقها من وصف أو تقييد . وقد تكون كفالة بالنفس أو بالمال أو بالفعل ، وهذه هي أنواعها بالنسبة إلى المكفول به . وتتكلم فيما يلي عن كل نوع بإيجاز .

أولاً ـ الكفالة المنجزة

١٦٤ ـ وهي التي تكون صيغتها خالية من التعليق بشرط ومن الإضافة إلى المستقبل ، كما لو قال : أنا كفيل بدينك على فلان .

ثانياً ـ الكفالة المعلقة

١٦٥ ـ وهي التي علقت بشرط ، أي علق وجودها بوجود شيء آخر كما لو قال : أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق البيع . إلا أنه إذا كان ما علقت به الكفالة موجوداً وقت التعليق ، كان التعليق صورياً وانعقدت الكفالة منجزة ، كما لو قال : إن كان فلان مديناً لك بكذا فأنا كفيل لك بهذا الدين ، ثم تبين أن فلاناً هذا كان مديناً فعلاً وقت إنشاء الكفالة . ولا تنعقد الكفالة إذا كان الشرط مستحيل الوقوع ، كما لو قال : إن سقطت السماء على الأرض فأنا كفيل لك بدينك على فلان ،

لأن تعليقها بالمستحيل يدل على أن الكفيل في الحقيقة لايريد إنشاء الكفالة ويصرح بذلك •

١٦٦ ــ ولكن ليس كل شرط ممكن الوقوع في المستقبل وهو غير موجود وقت التعليق يصح تعليق الكفالة به ، بل لابد أن يكون هذا الشرط من الشروط الملائمة ، لأن الكفالة لها شبه بالنذر ابتداء وبالبيع انتهاء • ولذا قيل : إن فيها معنى التمليك ، فإذا لوحظ شبهها بالنذر فقط قيل : يصح تعليقها بأي شرط، وإذا لوحظ شبهها بالمعاوضة قيل : لايصح تعليقها بالشرط ، وإذا لوحظ الشبهان قيل : يجوز تعليقها بالشرط الملائم ، وهذا ما ذهب إليه الحنفية مراعاة للشبهين •

الشرط الملائم

١٦٧ ــ والشرط الملائم عند الحنفية ثلاثة أنواع :

الأول ــ شرط هو سبب لوجوب الحق ، كقول الكفيل للمشتري: أنا كفيل لك بالثمن إذا استحق البيع ، فاستحقاق المبيع سبب لوجوب ردّ الثمن إلى المشتري من قبل البائع إذا كان قد تسلمه منه ، وكذا لو قال المودع : إذا أتلف الوديع وديعتك أو جحدك إياها فأنا ضامن • أو قال : إن قال : إن جرمك فلان خطأ فأنا ضامن لك أرش الجناية •

الثاني ــ شرط هو سبب لإمكان أو تسهيل استيفاء الدين مثل قول الكفيل : إذا قدم فلان ــ وهو مكفول عنه ــ فأنا كفيل بدينك عليه • أو قال : إذا جاء فلان ــ وهو مضارب المدين أو مودعه أو غاصبه ــ فأنا كفيل بما لك عليه من دين، لأن مجيء هؤلاء سبب لإمكان الاستيفاء أو وسيلة له في الجملة بأن يأخذ الكفيل المكفول به من المكفول عنه أو من مضاربه أو من مودعه ويسلمه إلى المكفول له ، بخلاف ما لو علق الكفالة على مجيء أجنبي عن المدين من كل وجه ،

فإن الكفالة لاتصح كما لو قال : إن جاء فلان فأنا كفيل بما لك من دين على زيد ٠

النوع الثالث ـ شرط هو سبب لتعذر استيفاء الدين كقول الكفيل : إذا غاب مدينك فلان عن البلد أو هرب أو عجز عن الإيفاء أو مات ولم يترك مالاً، أولم يؤد إليك الدين، فأنا الكفيل بدينك عليه ٠

١٦٨ ـ هذا وإن الحنفية قالوا أيضاً بجواز تعليق الكفالة بالشرط الذي جرى به العرف وسار عليه الناس في تعاملهم ، ومثلوا له بقول القائل : إن لم يؤد فلان مالك عليه من دين إلى ستة أشهر فأنا ضامن له ، فالتعليق صحيح لأنه شرط متعارف ٠ والواقع أن هذا الشرط في هذا المثال ، يمكن اعتباره من نوع الشرط الذي هو سبب لتعذر استيفاء الدين ٠ إلا أن الحنفية بتصريحهم بجواز التعليق بالشرط المتعارف ، وسعوا دائرة التعليق بالشرط بحيث يشمل غير ما ذكروه من الأنواع ما دام العرف يسوغه ، كما لو تكفل بنفس شخص وقال الكفيل في كفالته : على أنه إن لم أوافك به في الوقت المعين فأنا ضامن دينك عليه ٠ صحت الكفالة ، فإذا لم يأت به في الوقت المعين لزمه ضمان المال ٠ ويعلل الحنفية جواز هذه الكفالة ، التي ضربوا لها هذا المثال ، بأنها كفالة بالمال معلقة بشرط عدم احضار المكفول وهو شرط متعارف بين الناس ٠

الشرط غير الملائم

١٦٩ ـ والشرط غير الملائم هو ما عدا ما ذكرناه من أنواع الشرط الملائم ، كما لو علق الكفالة على هبوب الريح ونزول المطر ٠ والكفالة بالتعليق على الشرط غير الملائم باطلة كما جاء في بعض كتب الحنفية كالمبسوط للسرخسي ، وبه جزم الفقيه الزيلعي في شرح الكنز، ولكن جاء في كثير من كتب الحنفية الأخرى أن التعليق وحده يبطل

وتصح الكفالة ، وقد ساق ابن عابدين في حاشيته هذا الخلاف في هذه المسألة ثم قال : والأولى اتباع ما مشى عليه جمهور شرّاح الهـداية ، وشراح الكنز وغيرهم تبعاً للمبسوط والخانية من بطلان الكفالة[٨٢] .

التعليق عند غير الحنفية

١٧٠ ـــ عند الحنابلة ، إذا كان التعليق بسبب الحق ، أي الدين فهو تعليق صحيح وإن كان بغيره فوجهان في المذهب ، جاء في الإنصاف: «وفي صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق وتوقيتها ، وجهان[٨٣]» . والظاهر أن فقهاء المذهب المتأخرين يأخذون بالوجه المجيز ، فقد جـاء في كشاف القناع « أو كفل بانسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر وعيّنه ، أو فهو ضامن ما عليه من المال،صحت الكفالة لأنه تعليق الكفالة والضمان على شرط صحيح يصح كضمان العهدة ـــ أي الدرك ـــ أو قال : إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً صح ، ذلك لأنه جمع في كفالته تعليقـاً وتوقيتاً وكلاهمـا صحيح مـع الانفراد فكذا مـع الاجتماع » [٨٤] ويبدو أن مقصود صاحب كشاف القنـاع بالشرط الصحيح ، هو ما ذكرناه عن الحنفية .

١٧١ ـــ وعند الشافعية ، في تعليق الكفالة والضمان ، وجهان ، أصحهما: أنه لا يجوز تعليقهما بشرط ، لأنهما عقدان كالبيع ، والبيع لا يجوز تعليقه على شرط . والوجه الثاني : يجوز ، لأن القبول لا يشترط فيهما فيجوز تعليقهما كالطلاق[٨٥] . والظاهر أن عدم جواز تعليق الكفالة ،

---

(٨٢) حاشية ابن عابدين : ٣٠٧/٥
(٨٣) الانصاف : ٢١٣/٥ .
(٨٤) كشاف القناع : ١٨١/٢ ـــ ١٨٢ .
(٨٥) نهاية المحتاج : ٤٤١/٤ ، المجموع : ٤٦٣/١٣ .

على الوجه الأصح عندهم ، يشمل أي تعليق ، أي سواء كان تعليقاً بشرط ملائم أو غير ملائم ، لأنهم عللوا عدم الجواز بأنهما عقدان كالبيع ، والبيع ــ وهو من التمليكات ــ لا يجوز تعليقه بالشرط . وعند الشيعة الإمامية ، لا يجوز التعليق ، فقد قالوا : يشترط في الضمان التنجيز ، فلو علقه بمجيء الشهر أو قدوم زيد لم يصح . ولو قال : إن لم يؤد إليك غداً فأنا ضامن لم يصح . وقد عللوا ذلك بأن انتقال الدين من ذمة إلى ذمة مشروط بالرضى ، ولا رضى إلا مع جزم ، ولا جزم مع التعليق[86] .

القول الراجح

١٧٢ ــ والراجح من أقوال الفقهاء ، قول الحنفية ، لأن الكفالة كما قلنا لها شبه بالنذر ابتداء وبالبيع انتهاء ، فيجب أن يراعى الشبهان، وهذه المراعاة تقتضي جواز التعليق بالشرط الملائم والمتعارف ، كما أن الكفالة مبناها على التوسعة لأنها تبرع بالأصل فلا غرر فيها ولا ضرر ، ولأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا إذا قام الدليل على المنع ، ولا دليل على المنع سوى ما قيل من شبهها بالبيع . مع أن لها شبهاً بالنذر أيضاً ، وحتى لو لوحظ شبهها بالبيع فقط ، فإن جواز التعليق في البيع بالشرط ، سائغ وليس عند الحنابلة بمنعه دليل قوي ، وقد نص الامام أحمد بن حنبل على جواز تعليق البيع بالشرط اتباعاً لآثار وردت في ذلك عن الصحابة[87] . فإذا جاز تعليق البيع وهو من المعاوضات ، فجوازه في الكفالة ، وهي من التبرعات في الأصل ،

---

(٨٦) مفتاح الكرامة : ٣٥٢/٥ ، مستمسك العروة الوثقى : ٢٢٣/١٦ .

(٨٧) اعلام الموقعين لابن القيم : ٢٣٨/٣ ــ ٢٣٩ .

أولى ، إلا أنه يجب أن يكون الشرط ملائماً أو متعارفاً عليه ذا مصلحة للعقد ، لأن التعليق أبيح لحاجة الناس إليه في عقودهم ، فإذا لم تظهر فيه منفعة، ولا حاجة، فلا يعتد به ، كما لو قال : أنا كفيل به إذا هبت الريح أو نزل المطر ، إذ لايبدو في هذا التعليق جدية ولا مصلحة. ولكن لو قال : أنا كفيل به إذا جاء فلان ، فإن هـذا التعليق وإن لم يجوزه الحنفية بناء على ما قالوه في التعليق ، إلا أنه يمكن تصحيحه باعتبار أن الأصل في الشروط الإباحة، إلا إذا قام الدليل على المنع ، بل ويمكن تصحيحه حتى على مقتضى مذهب الحنفية باعتبار أن في هذا الشرط تسهيلاً للوفـاء ، كأن تكون لمشترطه القدرة على احضـار الشخص المكفول إذا حضر فلان ، أو تكون له القدرة على أداء ما ضمنه من مال إذا حضر فلان الذي علق الكفالة علـى حضوره ، بأن يقترض منـه ما يكفي للوفاء بالمكفول به .

ثالثاً ـ الكفالة المضافة الى المستقبل

١٧٣ ـ وهذه الكفالة تنعقد في الحال ، ولكن آثارها لا تثبت إلا في الزمن المستقبل حيث يتحقق ما أضيفت إليه ، كما لو قال : أنا كفيل بنفس فلان بعد اسبوع ، أو أناضامن ماتقرضه لفلان أو أنا ضامن ثمن ما تبيعه لفلان ، صحت الكفالة مضافة ، ولكن لايطالب الكفيل بالمكفول به إلا عند تحقيق هذه الأحوال . ويلاحظ هنا أن الحنفية، على ماذكره ابن عابدين ، يرون صحة اطلاق اسم الكفالة المعلقة على الكفالة المضافة وبالعكس بحجة اشتراكهما في المعنى لأن كلاً منهما يقع في المستقبل ، ثم بيّن ابن عابدين معيار التفرقة بين المعلق والمضاف بقوله : وأمـا بالنظر إلى اللفظ فما صرح فيه بأداة الشرط فهو معلق ، وغيره مضاف، وهو الأوضح[٨٨] . والواقـع أن الكفالة المضافة إلى المستقبل لهـا

(٨٨) ابن عابدين : ٣٠٧/٥ .

صورتان : (الأولى) إضافتها إلى أمر محتمل الوقوع في المستقبل دون أن يذكر في صيغتها أداة الشرط ، كما في قول القائل : أنا كفيل بثمن ما تبيعه لفلان . فهذه كفالة مضافة إلى المستقبل من حيث ألفاظ صيغتها ، ولكنها في معنى التعليق ، لإضافتها إلى أمر محتمل الوقوع في المستقبل، وهو البيع لفلان. فهذا النوع من الإضافة، هو الذي يكون في معنى المعلق ويمكن أن يسمى به كما ذكر ابن عابدين . (الثانية) إضافته الكفالة إلى زمن المستقبل، أي إلى أجل، كقول القائل : أنا كفيل بفلان في أول الشهر القادم . وفي هذه الصورة لايوجد معنى التعليق لأن ما أضيفت إليه محقق الوقوع ، والشرط في المعلق أن يكون ما علق به محتمل الوقوع ، كما أن الكفالة في هذه الصورة منعقدة ولكن آثارها لاتثبت إلا في المستقبل ، بينما في المعلقة لاتنعقد الكفالة إلا بعد وقوع ما علقت به ، وعلى هذا لانرى امكان تسميتها بالكفالة المعلقة .

١٧٤ ــ وعند الشافعية، لا تصح الكفالة، ولا الضمان المضافين إلى المستقبل إذا كانا بصيغة التعليق ، فقد قالوا : لايصحان ــ أي الكفالة والضمان ــ بشرط براءة الأصيل ، ولا بتعليق نحو إذا جاء الغد فقد ضمنت ما على فلان أو كفلت بدنه[٨٩] . فهذه إضافة جاءت بصيغة التعليق ، وهي لاتصح عندهم . وجاء في نهاية المحتاج للرملي « ولو نجزها، أي الكفالة ، وشرط تأخير الإحضار شهراً، كضمنت إحضاره بعد شهر ، جاز لأنه التزم بعمل في الذمة .. ومن عبّر بجواز تأجيل الكفالة أراد هذه الصورة »[٩٠] . فظاهر هذا القول يدل على جواز الكفالة المضافة إلى المستقبل ، ولكن عبارته الأخيرة تدل على أن مراده أن

---

(٨٩) البجيرمي : ٣/٣٥ .
(٩٠) نهاية المحتاج : ٤/٤٤٢ .

الكفالة وقعت منجزة واشترط تأجيل المطالبة شهراً ، ومعنى ذلك أنه لابد من تنجيز الكفالة حتى تصح ، وإن جاز اقترانها بشرط تأجيل المطالبة .

١٧٥ — والظاهر من مذهب الحنابلة صحة الكفالة المضافة إلى المستقبل لأنهم قالوا : ولا تصح الكفالة إلى أجل مجهول ولو في ضمان ، أي لا يصح الضمان إلى أجل مجهول كقوله : ضمنته أو كفلته إلى مجيء المطر أو هبوب الريح، فلا يصحان لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه بما ضمنه أو كفله(٩١) . ومفهوم المخالفة، يصح المضاف إلى زمن معلوم في المستقبل ، مثل ضمنته في أول الشهر .

١٧٦ — ولا يجوز الضمان المضاف إلى المستقبل عند الشيعة الامامية فقد قالوا : « وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد ... فيصح أن يؤجره داره بعد سنة ولا يصح أن يضمن بعد سنة »(٩٢) .

١٧٧ — هذا وإن القانون المدني العراقي نص على جواز تنجيز الكفالة أو تعليقها أو إضافتها إلى المستقبل ، وذلك في المادة (١٠٠٩) .

رابعاً — الكفالة الموقتة

١٧٨ — وهي كفالة منجزة لا معلقة ولا مضافة ، وإنما تتحدد فيها مسؤولية الكفيل بمدة معينة يبرأ بعدها من التزامه ، كما لو قال : أنا كفيل بنفس فلان أو بما لك عليه من دين من هذا اليوم إلى نهاية الشهر الحالي . فالكفالة هنا انعقدت منجزة حال كونها مؤقتة، وتتحدد مطالبة الكفيل بنفس المكفول به خلال هذه المدة فقط ، فإذا انتهت المدة انتهت كفالته سواء طالبه المكفول له ولم يف الكفيل بما كفل أو لم يطالبه أصلاً .

---

(٩١) المغني وكشاف القناع .
(٩٢) القواعد ومفتاح الكرامة : ٣٥٢/٥ .

١٧٩ — وصيغة توقيت الكفالة تكون بإحدى الصور الآتية ، ولكل صورة حكمها من الصحة وعدمها :

الأولى — أن يذكر الكفيل في إيجابه مبدأ المدة وانتهاءها مستعملاً كلمة (من) للابتداء وكلمة (إلى) للانتهاء كقول الكفيل : أنا كفيل بدين فلان من هذا اليوم إلى نهاية هذا الشهر • فهذه كفالة صحيحة •

الثانية — أن يذكر الكفيل في صيغة الكفالة انتهاء المدة دون ابتدائها كما لو قال : أنا كفيل بما لك عليه من دين إلى شهر • وفي هذه الصورة قال الحنفية : إنها كفالة مؤجلة لا مؤقتة لأن ذكر الوقت بهذه الصيغة إنما يدل على تأجيل المطالبة وليس لتوقيت الكفالة ، وعلى هذا التوجيه يحق للمكفول له مطالبة الكفيل بما كفل به بعد مضي شهر من وقت انعقاد الكفالة ولا يطالب قبل ذلك • إلا أن الفقيه المشهور ابن عابدين في حاشيته ، قال : ينبغي اعتبار هذه الكفالة مؤقتة كما هو المروي عن أبي يوسف لأن الناس بعرفهم وعاداتهم يريدون بهذه الصيغة توقيتها لا تأجيلها ، ويجب مراعاة عرفهم في التعبير لأن ألفاظ الكفالة والعقود الأخرى تحمل على المتعارف بين الناس وما يريدونه بها من معان •

الثالثة — إذا ذكر الكفيل المدة خالية من كلمتي (من) و (إلى) أي لا يذكر ابتداءها ولا انتهاءها كما لو قال : أنا كفيله ثلاثة أيام ، ففي هذه الحالة تنعقد الكفالة مؤقتة بالمدة المذكورة ويبرأ بعدها الكفيل •

الرابعة — إذا ذكر الكفيل كلمة (من) أي ابتداء المدة فقط ولم يذكر انتهاءها ، ينظر : فإن كان بدء المدة من وقت انشاء إيجابه كما لو قال : أنا كفيل من اليوم ، فالكفالة تنعقد منجزة خالية من التوقيت • وإذا كان بدء المدة في زمن مستقبل كما لو قال : أنا كفيل من أول الشهر القادم ، فالكفالة تنعقد مضافة إلى المستقبل وليست موقتة •

١٨٠ ــ ما ذكرناه في الكفالة المؤقتة وصورها هو مذهب الحنفية، أما عند غيرهم ، فقد قال صاحب الانصاف الحنبلي : إن في توقيت الكفالة وجهين ، وقد ذكرهما صاحب المغني ، معللاً القول بعدم جواز التوقيت بقوله : فلم يجز ــ أي الضمان أو الكفالة ــ تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة[٩٣] . وفي كشاف القناع « التوقيت في الكفالة بالنفس تصح »[٩٤] أما الكفالة المؤقتة بالمال ، فظاهر المذهب عندهم أنها لا تصح ، جاء في شرح منتهى الارادات « وأما توقيت الضمان فالظاهر لا يصح »[٩٥] وعلى هذا فالذي عليه متأخرو فقهاء المذهب الحنبلي أن كفالة النفس يصح فيها التوقيت ، وفي كفالة المال لايصح . ولكن يرد على عدم صحة التوقيت في كفالة المال ، أن الغرر منتف عنها ولا ضرر فيها لأنها زيادة توثيق وإن كان مؤقتاً ، وقياسها على الهبة غير سديد لاختلاف الماهيتين ، وإن كان بينهما شبه من بعض الوجوه .

وعند الشيعة الامامية وكذا الشافعية لايصح التوقيت ، فقد جاء في مفتاح الكرامة للشيعة الامامية « ولا يصح أن يضمن بعد سنة ولا أن يقول : أنا ضامن إلى شهر فإذا مضى ولم أغرم فأنا بريء »[٩٦] . وفي البجيرمي « فلا يجوز أن يقول : أنا ضامن على فلان ، أو كفيل ببدنه إلى شهر فإذا مضى برئت »[٩٧] .

خامساً ــ الكفالة المؤجلة

١٨١ ــ وهي التي يكون فيها إيفاء الكفيل بما كفل به في وقت

---

(٩٣) الانصاف : ٢١٣/٥ ، المغني : ٥٦١/٥ .
(٩٤) كشاف القناع : ١٨١/٢ .
(٩٥) شرح منتهى الارادات : ١٥١/٢ .
(٩٦) مفتاح الكرامة : ٣٥٢/٥ .
(٩٧) البجيرمي : ٣٥/٣ .

لاحق لانعقاد الكفالة كما لو قال : أنا كفيل بما لك على فلان على أن يكون الإيفاء بعد عشرة أيام ، فلا يطالب الكفيل إلا بعد حلول هـذا الموعد ، حتى لو كان الدين بالنسبة إلى الأصل حالاً • والكفـالة المؤجلة تشبه الكفالة المضافة إلى المستقبل ، ولكن بينهما فرق هو أن المؤجلة يلتزم الكفيل بأداء المكفول به في الأجل المحدد بالرغم من صفة الدين في ذمة الأصيل من جهة حلوله أو تأجيله ومدة هذا التأجيل • أما في المضافة إلى المستقبل فإن المطالبة بالمكفول بـه تثبت في الزمن المستقبل بالصفة التي عليها الدين في ذمة الأصيل من جهة تأجيـله إلى أجل أبعد من أجل الكفيل ، ومع هذا ، فالذي أرجحه أن الكفالة المؤجلة هي من الكفالات المقترنة بشرط ، والشرط فيها هو شرط الأجل •

١٨٢ — ويشترط في الأجل ، عند الحنفية ، لتصح به الكفالـة أن يكون معلوماً ، أو تشوبه جهالة يسيرة ، فإن كانت فاحشة بطل الأجل وانعقدت الكفالة مطلقة من قيد الأجل ، فمن الأجل المعلوم قول الكفيل : أنا كفيله على أن أحضره بعد شهر • ومن الأجل المشوب بجهالة يسيرة : أنا كفيل بدينك على فلان على أن يكون الإيفاء وقت حصاد الحنطة • ومن الأجل المشوب بجهالة فاحشة : أنا كفيل بدينك على فلان على أن يكون الإيفاء عند هبوب الريح • ومعيار التفرقة بين الجهالة اليسيرة والفاحشة ، أن ما يمكن حصوله حالاً فهو من قبيل الجهالة الفاحشة مثل هبوب الريح ، وما لا يمكن حصوله حالاً فالجهالة يسيرة ، كما في الأجل إلى وقت حصاد الحنطة • وعلى أن يعرف هنا أن الأجل إذا كان مما جرى به عرف الناس فإنه يصح ولو شابته جهالة فاحشة كما لو قال : أنا كفيل بنفس فلان على أن يكون إحضاري له بعد رجوع المكفول له إلى بغداد •

١٨٣ — ما ذكرناه هو مذهب الحنفية ، أما عند غيرهم كالحنابلة

والشافعية والشيعة الإمامية ، فقد ذهبوا أيضاً إلى جواز الكفالة المؤجلة فيجوز للكفيل أن يكون ضمانه مؤجلاً وإن كان مـا على الأصيل حالاً[٩٨] وبهذا أخذ أيضاً القانون المدني العراقي في مادته (١٠١٤) بشرط أن يضيف الكفيل الأجل إلى نفسه فيختص هو به دون الأصيل .

سادساً ـ الكفالة المعجلة

١٨٤ ـ وهي التي تتعجل فيها المطالبة بالدين في حق الكفيل وإن كانت مؤجلة في حق الأصيل. كما لو قال : أنا كفيل بالدين حالاً مع أن الدين في ذمة الأصيل مؤجلاً ، وهذا مذهب الحنفية . وعند الحنابلة إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً لم يصر حالاً ولا يلزمه أداؤه قبل أجله، لأن الضامن فرع المضمون عنه، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل الدين، لم يلزمه تعجيله، فكذا الضامن بل هو أولى بعدم الزامه بالتعجيل ، ولأن الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه ، وقالوا في الفرق بين هذه الحالة وبين جواز ضمان الدين الحالي مؤجلاً : إن الدين الحال ثابت في الذمة ومستحق الأداء في جميع الزمان ، فإذا ضمنه مؤجلاً فقد التـزم بعض ما يجب علـى المضمون عنه ، وهذا جائز كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة . وأما الدين المؤجل فلا يستحق أداؤه إلا عند أجله ، فإذا ضمنه حالاً التزم ما لم يجب على المضمون عنه فأشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين . وهناك قول في المذهب الحنبلي بصحة ضمان الدين المؤجل حالاً كما يصح ضمان الحال مؤجلاً قياساً لأحدهما على الآخر[٩٩] .

---

(٩٨) المغني : ٥٥٨/٤ ، مغني المحتـاج : ٥٥٨/٤ ، المجمـوع : ٤٦٤/١٣ ، مفتاح الكرامة : ٣٥٢/٥ .

(٩٩) المغني : ٥٤٤/٤ ـ ٥٤٥ .

والأصح عند الشافعية : جواز ضمان المؤجل حالاً وذلك لأن الضمان تبرع فيحتمل فيه اختلاف صفة الدين في ذمة المكفول عنه للحاجة ، ولأن الكفيل يكون بضمانة المؤجل حالاً يكون قد تبرع بالتزام التعجيل ، فيصح كأصل الضمان ، ولكن لا يلزم الضامن التعجيل على القول الأصح في المذهب ، والقول الثاني : يلزمه التعجيل لأن الضمان تبرع لازم فتلزم صفته أيضاً كما لو نذر إعتاق رقبة مؤمنة[١٠٠] .
وعند المالكية يجوز ضمان الدين المؤجل حالاً ، فقد قالوا « إن من له دين على شخص مؤجلاً فأسقط من عليه حقه من التأجيل وضمنه شخص على الحلول خوف المماطلة مثلاً فإن هذا الضمان صحيح ولازم بشرط أن يكون هذا الدين مما يعجل »[١٠١] ويفهم من هذا القول أن المالكية يجيزون التعجيل بشرط أن يسقط الأصيل الأجل عن دينه .
وعند الشيعة الامامية : الأقرب كما قالوا جواز ضمان الدين المؤجل حالاً[١٠٢] . وهذا ما نرجحه لأن التزام الدين معجلاً من قبل الكفيل تبرع منه فلا وجه لمنعه من ذلك .

سابعاً ــ الكفالة المطلقة

١٨٥ ــ الكفالة المطلقة هي التي خلت من قيد التعجيل والتأجيل وكذلك التقسيط . وفي هذه الكفالة يثبت الدين أو المطالبة به في ذمة الكفيل بالصفة التي وجب فيها هذا الدين في ذمة الأصيل ، فإن كان حالاً في حق الأصيل فإنه يثبت كذلك في ذمة الكفيل ، وإن كان مؤجلاً في ذمة الأصيل ثبت كذلك في ذمة الكفيل ، وكان للدائن حق المطالبة بهذه الصفة ، وهذا مذهب الحنفية .

---

(١٠٠) نهاية المحتاج : ٤/٤٤٣ ، البجيرمي : ٣/٣٥ .
(١٠١) حاشية الدسوقي : ٣/٣٣١ .
(١٠٢) مفتاح الكرامة : ٥/٣٥٣ .

١٨٦ ــ وقال الحنابلة : إذا أطلقت الكفالة ، سواء كانت كفالة بنفس أو مال، كانت حالة، لأن كل عقد يدخله الحلول، فإنه يحمل على الحلول عند إطلاقه ، كالثمن في البيع[١٠٣] .

١٨٧ ــ وقول الحنفية هو الراجح ، لأن الأصل في ضمان الكفيل اعتباره تابعاً لدين المدين الأصلي ، وبهذا صرح الحنابلة أنفسهم حيث قالوا : إذا ضمن المؤجل حالاً صح الضمان ولم يصر حالاً ولم يلزم به قبل أجله ، لأن الضامن فرع المضمون عنه ، فلا يستحق الدائن مطالبته دون أصله . فإذا كان الضمان لايصير حالاً بالرغم من تصريح الضامن به وإرادته له إذا كان دين الأصيل مؤجلاً ، فكيف يتفق هذا القول مع قول الحنابلة في الضمان المطلق أو الكفالة المطلقة ؟ ويبدو أن القانون المدني العراقي أخذ برأي الحنفية ، فقد جاء في الفقرة الأولى من المادة (١٠١٣) « إذا كان الدين مؤجلاً على الأصيل وكفل به أحد تأجل على الكفيل أيضاً » وهذا محمول على الكفالة المطلقة على ما نرى فيتبع الدين في ذمة الكفيل صفته في ذمة الأصيل .

ثامناً ــ الكفالة المشروطة

١٨٨ ــ وهي التي يقترن بها شرط ، كما لو قال الكفيل : أنا كفيل بدينك على فلان بشرط أن تبرئني من كفالتي بدينك الآخر على فلان ، فهل تصح الكفالة ويعتبر الشرط أم لا ؟ الواقع أن مسألةاقتران الشروط بالتصرفات والعقود ومدى تأثير هذه الشروط في صحة التصرفات أو إبطالها ومدى اعتبار هذه الشروط نفسها ، مسألة اختلف فيها الفقهاء ، ذلك أن لكل عقد أو تصرف آثاراً معينة رتبها الشارع عليه في حالة إطلاقه . فإذا اقترن بالتصرف أو العقد شرط ، فقد يؤثر في هذه الآثار بالزيادة أو النقصان أو بإحداث التزامات لايقتضيها العقد

---

(١٠٣) المغني : ٤/٥٥٨ .

في حالة إطلاقه ، ومن هنا اختلفت أنظار الفقهاء في مسألة الشرط المقترن. ولكن الاتفاق حاصل في اعتبار الشرط الذي هو من مقتضى العقد لأن ذكره في هذه الحالة كعدمه ، كما لو اشترط المشتري تسليم المبيع بعد نقده الثمن ، أو اشترط الوديع عدم ضمانه تلف الوديعة بدون تعد منه ، وإنما الخلاف فيما وراء ذلك ويمكن إجمال هذا الخلاف على النحو الآتي :

أولاً — رأي المضيقين وعلى رأسهم الظاهرية ، والأصل عند هؤلاء أن كل شرط باطل إلا ما جاء النص الشرعي بإباحته . وقد عدّ الظاهرية هذه الشروط التي أباحها الشارع فإذا هي عندهم سبعة شروط[١٠٤] .

الرأي الثاني — وهو رأي الموسعين وعلى رأسهم شيخ الاسلام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية ، والأصل عند هؤلاء ، أن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه بدليل عام أو خاص كشرطين في عقد أو اشتراط عقد في عقد، فلا يجوز الجمع بين عقدين من عقود المعاوضات في عقد واحد ، ولا بين عقدين من عقود التبرع ، ولا بين عقد معاوضة وتبرع ، لورود النهي عن ذلك بالسنة النبوية الشريفة فقد جاء فيها « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع » كما جاء النهي عن صفقتين في صفقة .

الرأي الثالث — وهو رأي المتوسطين بين الرأيين الأوليين ، وهؤلاء يقتربون من الرأي الثاني ولا يصلونه على اختلاف فيما بينهم في مدى هذا القرب ، فالشافعية أو جمهورهم يجيزون الشرط الذي أباحه الشارع صراحة ، أو كان مصلحة العقد كشرط الأجل والرهن

---

(١٠٤) انظرها في المحلى : ٨/٤٠٩ — ٤١٠ .

والكفيل وإن كان هذا الشرط لايقتضيه العقد في حالة اطلاقه ٠ والحنفية يجيزون الشرط الذي لايقتضيه العقد إذا كان الشرع قد أباحه أو إذا كان يلائم العقد ــ أو كما يسميه الشافعية من مصلحة العقد أو العاقدين أو فيه مصلحة وتدعو إليه الحاجة ــ كشرط الرهن والكفيل ، كما يجيز الحنفية الشرط الذي فيه منفعة لأحد العاقدين إذا جرى به عرف الناس وتعاملهم وإن لم يرد به شرع ولا يقتضيه العقد ولا يلائمه ٠ والحنابلة يتوسعون أكثر من الحنفية فيجيزون العقدبشرط واحد وإن كان لايقتضيه العقد ما دام لاينافي مقتضاه ، كما لو باع شيئاً على أن يستعمله مدة قبل تسليمه ٠ وهذا الشرط يمنعه الحنفية والشافعية ٠ والمالكية كالحنابلة يجيزون من الشرط ما دام لا ينافي مقتضاه ٠

١٨٩ ــ والمضيقون ، وهم أصحاب الرأي الأول يحتجون بالحديث الشريف « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » والموسعون يحتجون بالحديث الشريف « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » ٠

١٩٠ ــ والراجح قول الموسعين ، لأن معنى الحديث الشريف : ليس في كتاب الله أي ما ليس في كتاب الله لابعمومه ولا بخصوصه ، يدل على ذلك أن الشرط الذي بينت السنة النبوية أو الإجماع جوازه هو شرط صحيح بالاتفاق فيجب أن يكون هذا الشرط في كتاب الله ، وقد لا يكون في كتاب الله بخصوصه ، ولكن في كتاب الله الأمر باتباع السنة النبوية واتباع سبيل المؤمنين ٠ فيكون هذا الشرط في كتاب الله بهذا الاعتبار[١٠٥] وفي معالم السنن للخطابي ما يشبه هذا التوجيه والتفسير ، وكذلك قال القرطبي بأن المراد من الحديث الشريف ليس

---

(١٠٥) القواعد النورانية لابن تيمية : ص ٢٠٨ ــ ٢٠٩ ٠

في كتاب الله لا تأصيلاً ولا تفصيلاً، فما ثبت بدليل أو أصل شرعي دل الكتاب على شرعيته، يعتبر ثابتاً في الكتاب • وقال ابن خزيمة : ليس في كتاب الله أي ليس في حكم الله جوازه أو وجوبه لا أن كل من شرط شرطاً لم ينطق به الكتاب يبطل، لأنه قد يشترط الكفيل في المبيع ويكون شرطاً معتبراً • وعلى هذا فالمعنى الأخير المختار للحديث هو : من اشترط شرطاً ليس في حكم الله ولا في كتابه بواسطة أو بغير واسطة فهو باطل •

الكفالة بشرط العوض :

١٩١ ـ وصورة هذه الكفالة أن يكفل بشرط أن يعطيه المكفول عنه عوضاً على كفالته كما هو الحال في الكفالة المصرفية ، حيث يكفل مصرف معين شخصاً بمبلغ معين لمدة معينة على أن يتقاضى من المكفول عنه عمولة معينة •

وقد يكون العوض المشروط للكفيل يدفعه المكفول له • فهل تصح مثل هذه الكفالة أم لا ؟ إذا أخذنا برأي الموسعين الذين يرون أن الأصل في الشروط الصحة ما لم يأت النهي من الشارع بدليل عام أو خاص ، نجد أن هذه الكفالة لاتصح بهذا الشرط لورود النهي عن ذلك في الحديث الناهي عن صفقتين في صفقة لأن هذه الكفالة تتضمن عقدين : الكفالة ودفع العوض أو هبته للكفيل ، كما أن فيه ذريعة إلى الربا • ومثل هذه الذريعة منهي عنها بأدلة الشريعة العامة كما هو مقرر في موضعه • هذا وقد صرح بعض الفقهاء بفساد هذه الكفالة فقد جاء في حاشية الدسوقي في فقه المالكية « إذا كانت الحمالة فاسدة شرعاً غير مستوفية للشروط ، كانت غير معتد بها ، كما إذا كانت بجعل

فهي فاسدة،لأن شرط الحمالةأن تكون لله وحينئذ فلايعتد بها»[١٠٦]
وسواء كان الجعل « من رب الدين أو من غيرهما للضامن لأنه إذا غرم رجع بمثل ما غرم مع زيادة ما أخذه من الجعل وهذا لا يجوز لأنه سلف بزيادة ، وإن لم يغرم بأن أدى الغريم كان أخذه الجعل باطلا »[١٠٧] .

وجاء في كتاب «كشاف القناع» في فقه الحنابلة : أو كفل أوضمن على أن يضمن المكفول به أو المضمون عنه ديناً عليه أي على الكفيل أو الضامن أو على أن يؤجره داره ونحوه ، كعلى أن يهبه كذا ، فلا يصح الضمان ولا الكفالة في ذلك كله ، لأنه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه »[١٠٨] .

تاسعاً ــ الكفالة بالنفس

١٩٢ ــ هي الكفالة بإحضار شخص معلوم كأن يكفل أحد شخصاً على أن يحضره في اليوم الفلاني . والمكفول به في هذه الكفالة هو المكفول عنه أيضاً وهذه الكفالة جائزةعند الحنفية وغيرهم كالحنابلة ويستدلون بالحديث الشريف « الزعيم غارم » وهذا يشمل كفالةالنفس والمال . وقد اعترض على هذا الاستدلال بأن الغارم هو الضامن فلا يتناول الحديث كفالة النفس . وقد رد بأن الغرم عبارة عن الضرر اللازم ، وهذا متحقق فيها لكون الكفيل مجبر على تسليم المكفول به. واعترض أيضاً على جواز هذه الكفالة بأن الكفيل لاولاية له على نفس المكفول به فلا يكون قادراً على تسليمه ليكون كافلاً ما لا قدرة عليه ولا في استطاعته ، وقد أجيب بأن الكفيل يستطيع أن يدل الطالب أي المكفول له على مكان المكفول ليتسلمه أو يستعين بأعوان القاضي

---

(١٠٦) حاشية الدسوقي : ٣/٣٤٠ .
(١٠٧) حاشية الدسوقي : ٣/٣٤١ .
(١٠٨) كشاف القناع : ٢/١٨٢ .

على ذلك . هذا وإن الظاهرية لايجيزون الكفالة بالنفس ويسمونها ضمان الوجه ، وحجة الظاهرية كما يصورها ابن حزم في المحلى ، عدم وجود نص شرعي يثبت مثل هذا النوع من الكفالة ، ويضعف ماستدل به المجيزون من آثار تجيز هذا النوع من الكفالة .

والراجح قول المجيزين ، فما زال الناس من القديم يباشرون كفالة النفس دون انكار . وأن الحاجة تدعو إليها ، ولا وجه للتفريق بينها وبين كفالة المال من جهة الجواز .

عاشراً ـ الكفالة بالمال

١٩٣ ـ الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء مال ، وهي إما أن تكون كفالة بأعيان أو كفالة بديون ، لأن المال هنا أعم من المال الحقيقي والمال الحكمي . فالحقيقي كعين المال المغصوب ، وضمانه يعني ضمان رده ما دام قائماً ، ورد بدله إذا هلك . والمال حكماً هو الدين الذي يصير مالاً حقيقة بعد القبض . هذا ولا بد من توفر شروط معينة في المال المكفول به لتصح كفالته ، سواء أكان عيناً أو ديناً كما سيأتي بيانه فيما بعد .

حادي عشر ـ الكفالة بالفعل

١٩٤ ـ وهو فعل التسليم بالجملة مثل الكفالة بتسليم عين كالمبيع قبل قبضه ، فيكفل شخص تسليمه إلى المشتري ، أو يكفل تسليم مرهون إلى الراهن ، أو مستعار إلى المعير ، أو مأجور إلى الآجر ، وهكذا سائر الأمانات تجري عليها الكفالة بالتسليم . وكذلك تصح كفالة المغصوب يكفله كافل لآخذه من الغاصب وتسليمه إلى المغصوب منه ما دام قائماً . والفرق بين الكفالة بالتسليم والكفالة بالعين المضمونة

أن الكفالة بالعين المضمونة عبارة عن تسليم العين مادامت موجودة فإذا هلكت وجب عليه أداء بدلها وليس كذلك الكفالة بالتسليم لأنها كفالة بتسليمها فقط مادامت قائمة فإذا هلكت سقطت عنه المطـالبة . ومن الكفالة بالفعل كفالة العمل المستحق على الأجير المشترك بعقد الإجارة حيث يضمن الكفيل قيام الأجير المشترك بالعمل المتفق عليه وتسليمه إلى المستحق له .

* * *

الفصل الثالث

شروط الكفالة

تمهيـــد

١٩٥ ــ لانعقاد الكفالةصحيحة شروط : منها مايتعلق بالكفيل ، ومنها ما يتعلق بالمكفول عنه ، ومنها مـا يتعلق بالمكفول له ، ومنهـا ما يتعلق بالمكفول به • وهذا ما بينته في المباحث التالية :

المبحث الأول

شروط الكفيل

١٩٦ ــ الكفالة من تصرفات التبرع فيشترط في الكفيل أهلية التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً ، فلا تصح كفالـة المجنون ولا المعتوه ولا الصبي ولو كان مميزاً أو مأذوناً له بالتجارة ولو كانت بأمر المكفول عنه ، أو أجازها الولي أو أجازها هؤلاء بعد زوال المانع فيهم من جنون أو عته أو صغر •

١٩٧ ــ والسبب في عدم صحة كفالة هؤلاء من وجوه :

أولاً ــ أن الكفالة تتضمن إيجاب مال على الكفيل بتصرف معين فلا بد أن يكونوا أهلاً لإجراء هذا التصرف ، وهؤلاء لا أهميـة لتصرفهم هذا بخلاف إيجاب المال عليهم بجناياتهم أو على وجه النفقـة

لمن تلزمهم نفقته ، لأن هذا إيجاب من الشارع وذممهم صالحة لوجوب الحـــق •

ثانياً ـ المجنون والمعتوه والصغير غير المميز لاعبارة لهم أصلاً أي لايعتد بأقوالهم ولا يترتب عليها أي أثر قانوني •

ثالثاً ـ وأما الصبي المميز ، فلا تقع كفالته موقوفة لأن الكفالة من التبرعات ، فتقع باطلة ، ولا تنقلب صحيحة باجـازة الولي ، لأن الإجازة تلحق الموقوف لا الباطل ، ولأن الولي لايملك إجراءالتصرفات الضارة بالصغير ومنها التبرعات ، فلا يملك إجازتها • وكونه مأذونـاً بالتجارة لايجعل كفالته صحيحة ولا موقوفة على إجـازة الولي لأن الكفالة ليست من عقود التجارةولا لوازمها التي تدخل فيضمن الإذن• وإذا كفل بأمر المكفول عنه فلا يعتد بكفالته أيضاً لأن كفالتـــه بالأمر وإن أثبت له حق الرجوع على المكفول عنه وهذا ينفي عن كفالته صفة التبرع ويجعلها من قبيل المعاوضات مما يبدو معه ضرورة اعتبارهـا جائزة أو على الأقل موقوفة على إجازة الولي ، إلا أن الصغير قـد لايحصل من الآمر على شيء بالرغم من حقه في الرجوع عليه ، ومـع هذا الاحتمال تبقى الكفالة من التبرعات في حقه فلا تجوز ولا يملك الولي إجازتها • ولو عقد الصبي كفالته وأقرّ بها بعد بلوغه فلا يترتب على إقراره شيء ولا يلزم بهذا الإقرار ولا يصير كفيلاً ، لأن الثابت بالإقرار بعد البلوغ كالثابت معاينة كما يقول السرخسي في مبسوطه ونحن لو عايناه قد كفل في صغره لم ينفذ ذلك عليه بعد بلوغه ، ولأنه أضاف إقراره إلى حال الصغر المنافية لصحة كفالته أو انعقادها • ولكن الحنفية استثنوا من ذلك كفالة الصغير بأمر وليه ما استدانه الولي في نفقة الصغير ، ووجه هذا الاستثناء أن الدين لزم الصغير ولهذا يؤخذ من ماله ، فكفالته لاتزيده إلا توكيداً فلم تكن كفالته تبرعاً وهـذا

بخلاف كفالة الصغير بنفس وليه ، إذ لا تجوز ، لأنه لم يكن ملزماً بها فالتزامه بها بموجب كفالته يعتبر تبرعاً ، والتبرع منه لايجوز •

١٩٨ ـ أما المحجور لسفه فلا يصح ضمانه كما صرح الشافعية والحنابلة بذلك ، لأنه إيجاب مال بعقد ، فلم يصح منه كالبيع والشراء وهذا بخلاف إقراره إذ هو صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه لأن الاقرار إخبار بحق سابق • وقال الشيعة الامامية : يصح ضمان السفيه إذا أذن له الولي • وكذلك يصح ضمان المحجور عليه لفلس ويطالب به بعد فك الحجر عنه لأنه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبه به الرهن فصح تصرفه فيما عدا الرهن وبهذا صرح الشافعية والحنابلة ، ويقتضي أن يكون هذا قول الحنفية وغيرهم •

١٩٩ ـ ولا تجوز كفالة المكره ولا السكران ، ولكن الشافعية قالوا : تصح كفالة السكران إذا كان متعدياً بسكره بأن شرب الخمر مختاراً عالماً بأنها خمر ، وهذا من الشافعية على وجه الزجر والردع لارتكابه معصية شرب الخمر فيتحمل نتائج تصرفه • ولكن الارجح عدم الاعتداد بكفالته ،لأنه فاقد الإدراك والاختيارفهو كالمجنونوكونه عاصياً لايعني إلزامه بأقواله ،وإنما يعاقب بما هو مقرر شرعاً لمعصيته هذه •

٢٠٠ ـ ولا يشترط ملاءة الضامن عند جمهور الفقهاء ، وقال الشيعة : يشترط ذلك حين الضمان أو يعلم المضمون له إعسار الضامن ويرضى بضمانه ، أو يسكت ولا يعلن إنكاره ، والحجة لهذا الرأي كما قالوا : إن عقد الضمان مبني على الارتفاق وان المتبادر أن المقصود من الضمان استيفاء الحق من الضامن فعدم اعتبار يساره يؤدي إلى لحوق الضرر بالمضمون له • وقد رد صاحب مفتاح الكرامة على هذا الرأي بأنه قد « يقال:إن مجرد الملاءة مع حصول المطل لاتفيد فائدة في

ترتيب الأثر عليها فلو جعل الشرط هنا رضى المضمون له بالضامن وقوله مليئاً كان أو غير مليء لكان أظهر »[109] ، وهذا الرد قوي لا سيما وأن مقتضى الضمان عند الشيعة نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الضامن، وأنه يشترط رضى الضامن مع هذا كله،فإن مشترطي الملاءة لايشترطون استمرارها بل يكفي عندهم وجودها وقت عقد الضمان فقط •

والراجح ماذهب إليهجمهور الفقهاء من عدماشتراط هذا الشرط، لأن الضمان يتعلق بذمة الضامن ، وذمته صالحة لهذا التعلق ، سواء كان مليئاً أو غير مليء •

٢٠١ ــ وتصح كفالة المريض مرض الموت ولكن حكم ضمانه حكم تبرعه فينفذ في ثلث تركته لأنه تبرع بالتزام مال لايلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة • فإن زاد عن الثلث كان موقوفاً على إجازة الورثة إذا كان المضمون عنه أجنبياً ، فإن كان وارثاً وقف على إجازة الورثة مطلقاً سواء كان في أقل من الثلث أو أكثر • ولكن لو علق المريض كفالته في حال صحته على شرط تحقق بعد مرضه مرض الموت فإن كفالته صحيحة وتنفذ من كل تركته •

وإذا كانت تركة المريض مستغرقة بالديون لم تجز كفالته إلا إذا أجازها الدائنون ، وإذا لم تكن مستغرقة ، تحددت بثلث مايبقى بعد سداد الديون •

٢٠٢ ــ ضمان الزوجة ، لا فرق بين ضمان المرأة والرجل عند الفقهاء ، ولكن إذا كانت ذات زوج ، فقد ذهب المالكية إلى أن ضمانها فيما زاد على ثلث مالها موقوف على إجازة وإذن زوجها ، جاء في قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي المالكي : فلا يجوز ضمان المرأة فيما زاد

---

(١٠٩) من كتاب مفتاح الكرامة شرح قواعد العلامة : ٣٥٧/٥ •

على ثلث مالها إلا بإذن زوجها (110) ، وفي حاشية الدسوقي المالكي : يصح ولا يلزم كالواقع من زوجة أو مريض في زائد الثلث أي فإنه وإن كان صحيحاً لكنه غير لازم إذ للزوج رد الجميع وله إجازة الجميع ، وللورثة رد ما زاد على الثلث (111) ، وهذا المذكور في كتب الفقه المالكي يخالف المنقول عنهم في كتاب المجموع في فقه الشافعية وفي كتاب مفتاح الكرامة في فقه الشيعة الامامية إذ جاء في المجموع : وقال مالك لايصح ـ أي ضمان الزوجة ـ إلا أن يكون بإذن زوجها . وفي مفتاح الكرامة: وقال مالك : لا بد من إذن الزوج .

والظاهر أنه التبس عليهم ضمان الوجه وضمان الطلب عند المالكية ، فقد صرحوا بأن للزوج رد ضمان الزوجة في هذين النوعين من الضمان . والمقصود بضمان الوجه عندهم ، ضمان النفس ، أي إحضار ذات المكفول عنه لرب الدين عند الحاجة ، فإذا كانت الزوجة هي التي التزمت هذا الضمان جاز لزوجها رد ضمانها ولو كان دين من ضمنته لا يبلغ ثلث مالها . وكذلك الحكم في ضمان الطلب ومعناه ضمان النفس أيضاً والفرق بينهما أنه في ضمان الوجه إذا لم يحضر الضامن المضمون ولو بدون تفريط من الضامن بأن تعذر عليه إحضاره لزمه دينه ، أما في ضمان الطلب فلا غرم عليه إلا إذا فرط في الإتيان به أو بالدلالة عليه . وتعليل جواز رد ضمان الزوجة في هذين النوعين من قبل زوجها ، أنها قد تحبس أو تخرج للخصومة وفي ذلك معرة له وعدم تمكن من استيفاء الزوج حقوقه منها .

أما ضمان المال من قبل الزوجة ، فقد قلنا : إنهم يجيزونه في

---

(110) ابن جزي : ص ٣٥٣ .
(111) حاشية الدسوقي : ٣/٣٣٠ .

حدود الثلث دون توقف على إذن الزوج ، وما زاد توقف على إجازته ، ويبدو أن سبب ذلك هو المحافظة على مال الزوجة وعدم تبديده بما هو غير لازم عليها ، أو بتصرفات قد لاتحصل بعوض فيها • والراجح قول الجمهور فتصح كفالة الزوجة دون توقف على إذن الزوج ، كما في سائر التصرفات المالية التي تباشرها الزوجة، ولو لوحظ هذا المحذور الذي لاحظه المالكية ، لمنعت من التصرفات الأخرى ، إذ تحتمل مثل هذا المحذور •

المبحث الثاني

شروط المكفول عنه

٢٠٣ ــ أولاً ــ أن يكون معلوماً ، أي : أن يعرفه الضامن فإذا كان مجهولاً لم تصح الكفالة وهذا مذهب الحنفية ، كما لو قال : أنا كفيل بكل مالك من ديون على الناس ، أو قال : أنا كفيل بمالك على أحد من الناس ، أو قال : أنا كفيل بما سيغصبه منك الناس أو بما ستقرضهم • وحجة الحنفية ، كما قال صاحب البدائع : ان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة •

إلا أن الترديد في الكفالة المنجزة يحمل على التنجيز وبالتالي لايكون المكفول عنه مجهولاً ، كما لو قال : أنا كفيل بدينك على فلان أو فلان ، فالكفالة عندهم صحيحة وعلى الكفيل تعيين المكفول عنه •

٢٠٤ ــ وقد يعترض على شرط المعلومية عند الحنفية بما قالوه في باب الضمان : إن من قال لآخر : اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن لاضمان عليه إذا سلكه وأخذ ماله ، ولكن لو قال له : إن كان مخوفاً وأخذ مالك فأنا ضامن ، وأخذ ماله ، ضمن • ووجه الاعتراض أن هذا الضمان ، وهو ضمان الطريق ، أو ضمان الغرر ، في الحقيقة هو ضمان كفالة ، كما صرح الحنفية ، فكيف صح هنا والمكفول عنه مجهول غير معلوم ، وكان ينبغي أن لايصح كما لو قال لغيره : من غصبك من الناس فأنا كفيل بما غصبك ، أو قال : من بايعت من الناس فأنا كفيله وقد أجابوا أن هذه الحالة لايوجد فيها تغرير بخلاف ضمان الطريق إذ فيها تغرير وهو الفرق • ويعترض أيضاً بأن ما يصيب سالك الطريق من

خسران لايكون مضموناً عليه ، والشرط في صحة الكفالة أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل ، ولهذا قال الحنفية : من قال لآخر : بايع فلاناً وما أصابك من خسران فعلي ، لاتصح الكفالة هنا لأن الخسران غير مضمون على الأصيل . وقد أجابوا على هذا الاعتراض أن الخسران في البيع يحصل بسبب جهل المأمور بالبيع والشراء بخلاف ضمان الطريق فإن الطريق المخوف يؤخذ فيه المال غالباً ولا يد فيه للمأمور فيتحقق فيه التغرير فيضمنه الآمر ، ولعلهم ــ كما يقول ابن عابدين أجازوا الضمان منه مع جهل المكفول عنه زجراً عن هذا الفعل[١١٢] .

٢٠٥ ــ هذا وقد ذهب بعض الحنابلة وبعض الشافعية إلى ما ذهب إليه الحنفية من شرط معلومية المكفول عنه ليعلم الضامن هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا ، إلا أن القول المتبع في المذهب الحنبلي هو عدم اشتراط معرفة الضامن للمضمون عنه ، وهذا أيضاً المأخوذ به في مذهب الشافعية، وهو مذهب الشيعة الإمامية، وإن قالوا : لابد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه أي الضمان عنه .

والحجة لعدم اشتراط معرفة المضمون عنه حديث أبي قتادة وعلي فإنهما ضمنا الميت وهما لايعرفانه ولم يسألهما النبي صلى الله عليه وسلم هل يعرفان عين المضمون عنه أم لا ، ولو كان الحكم يختلف والضمان لايصح بدون معرفته لما قبل النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الضمان تبرع بالتزام مال، فلم يعتبر معرفة من يتبرع عنه به كالنذر ،ولأن الواجب أداء الحق فلا حاجة إلى معرفة ماسوى ذلك .

والراجح قول الجمهور لأن الحديث يدل على ماذهبوا إليه .

---

(١١٢) ابن عابدين : ٣٣٢/٥ .

٢٠٦ ـ وإذا كانت الكفالة بالنفس ، فكذلك يجب أن يكون المكفول عنه معلوماً عند الحنابلة والشافعية والحنفية وغيرهم ، ولكن الحنفية أجازوا الترديد في الكفالة المنجزة وحملوها على التنجيز وبالتالي لايكون المكفول مجهولاً ، كما لو قال : أنا كفيل بنفس فلان أو فلان ، ولكن عليه أن يبين من قصده في كفالته • ولا يجيز الحنابلة والشافعية مثل هذا الترديد وبالتالي قالوا : لاتصح الكفالة بهذه الصورة لأن المكفول غير معلوم •

٢٠٧ ـ ولا يشترط الحنابلة وغيرهم كالشيعة الإمامية أن يكون المكفول حاضراً ، وعلى هذا تصح عندهم كفالة الغائب ، وحجتهم أن تسليمه ممكن وإن تعذر إحضاره في الحال بأن يمضي إليه الكفيل ويحضره إن لم تكن عينه منقطعة • وعند الحنفية يشترط أن يكون مكان المكفول معلوماً فإذا كان غائباً لايعرف مكانه لم تصح كفالته ، لأن الكفالة لا تفيد في هذه الحالة لعدم إمكان التسليم •

٢٠٨ ـ ثانياً ـ لا يشترط رضى المضمون عنه أو إذنه لجواز التبرع بأداء دين غيره بغير إذنه ولا معرفته فإذا أجاز ذلك جاز ضمان ما عليه من دين بدون إذنه أيضاً ، وبهذا صرح الشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة وهو مقتضى مذهب الحنفية أيضاً لأنهم أجازوا أن يكون المضمون عنه صغيراً مجنوناً ، وإذنهما ، كما هو معروف غير معتبر • والحجة لهذا القول حديث أبي قتادة وعلي وفيه ضمانهما لدين الميت ، والميت لا يتأتى منه رضى ولا إذن • أما في الكفالة بالنفس أو كما يسميها غير الحنفية الكفالة بالبدن فعند الشافعية والحنابلة أنها لا تصح بدون إذن المكفول به ، لأنه إذا تكفل به من غير إذنه لم يقدر على تسليمه لأنه في هذه الحالة لايلزمه الحضور مع الكفيل فلا تفيد كفالته شيئاً ، وأجاز بعض الشافعية هذه الكفالة بدون إذن المكفول كما تجوز بالدين

من غير إذن من عليه الدين ، وإذا طالبه بالحضور وجب عليه الحضور لا من جهة الكفالة وإنما من جهة أن صاحب الحق قد وكل الكفيل بإحضاره .

٢٠٩ — وعند الشيعة الإمامية لا يشترط رضى المكفول على المشهور عندهم ، وأن على المكفول الحضور متى طلبه المكفول له سواء كان طلبه هذا بنفسه أو وكيله ، والكفيل بغير إذن المكفول يعتبر بمنزلة الوكيل عن المكفول له . وقال بعضهم : يشترط رضى المكفول وإذنه لأنه إذا لم يأذن بهذه الكفالة لم يلزمه الحضور مع الكفيل ، فلا يتمكن من إحضاره فتكون الكفالة كفالة بغير مقدور فلا تصح ، وهذا بخلاف الضمان ، إذ أنه يصح بغير إذن المضمون لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه ، بينما لايمكن أن ينوب عنه في الحضور في الكفالة بالنفس . وقد رد هذا القول بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع ، لأن المستحق ، أي : المكفول له متى طلب الأصيل وجب على هذا الاخير الحضور وإن لم يكن مكفولاً ، وفائدة الكفالة راجعة إلى التزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له .

٢١٠ — وعند الحنابلة في اشتراط رضى المكفول عنه في الكفالة بالنفس وجهان : الأول : لايعتبر كالضمان ، والثاني : يعتبر . ووجهة الوجه الثاني أن مقصود الكفالة إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه ، ولأنه يجعل لنفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو لزمه الدين ، وفارق الضمان فإن الضامن يقضي الحق من ماله ، ولا يحتاج إلى رضى المضمون عنه . وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة بإذن المكفول وأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه ، لأن شغل ذمته من أجله بإذنه فكان عليه تخليصها ، وإن كانت بغير إذنه فإن طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه ، لأن حضوره

حق للمكفول له وقد استناب الكفيل في طلبه ، وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه ، لأنه لم يشغل ذمته وإنما الكفيل شغلها باختياره فلم يجز أن يثبت له بذلك حق على غيره • وعند الحنفية تجوز بدون إذن المكفول •

٢١١ — والراجح أن الكفالة تصح ولو بغير إذن المكفول ، لأن الحاجة إليها ماسة إحياء للحقوق ، ولأنها إذا وقعت من غير إذن المكفول فإن الكفيل — كما جاء في فتح القدير في الفقه الحنفي — يمكنه الاستعانة بأعوان الحاكم فيحضره ، ولأن الكفيل بكفالته هذه يعين صاحب الحق بإحضار المكفول ، ويعين المكفول بحمله على أداء الحق بإحضاره ، لأن إحضاره وسيلة لأداء ما عليه من حق •

٢١٢ — ثالثاً — أن يكون المكفول عنه قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بنائبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، ولهذا لا تصح عنده الكفالة بالدين عن ميت مفلس • وقال الحنابلة : يصح الضمان عن كل من وجب عليه حق ، حياً كان أو ميتاً ، مليئاً أو مفلساً ، ومن ثم قالوا بصحة كفالة دين الميت المفلس • وبقول الحنابلة قال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة ، وهو مذهب المالكية والشافعية والظاهرية والشيعة الامامية ، فعندهم تصح كفالة دين الميت المفلس •

٢١٣ — وحجة الجمهور في صحة كفالة دين الميت المفلس هي : (أولاً) حديث أبي قتادة وعلي فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء من مال أو من كفيل ، وان النبي صلى الله عليه وسلم حثهم على ضمانه كما جاء في بعض روايات حديث أبي قتادة ، إذ جاء فيه « ألا قام أحدكم فضمنه » •

(ثانياً) أن الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة المكفول

عنه ولم يوجد المسقط له من أداء أو إبراء أو انفساخ سببه ، ولم يوجد بالموت شيء من ذلك .

(ثالثاً) دين الميت باق في ذمته بدليل مسؤوليته عنه في الآخرة ، وهو باق في ذمته أيضاً في أحكام الدنيا بدليل لو أن أحداً تبرع به عن الميت صح تبرعه ولو كان الدين قد سقط عنه بالموت لما جاز للدائن أخذه من المتبرع .

(رابعاً) لو كان بالدين كفيل قبل موته لبقيت كفالته ، ولو كان الدين يسقط بالموت لبطلت هذه الكفالة ، لأنه لابقاء لها بعد زوال الدين وسقوطه ، فدل على أن الموت بالنسبة للمدين المفلس لايغير وصف الدين بالثبوت .

(خامساً) إن تعذر المطالبة بدين المفلس لايوجب بطلان الدين ، ولهذا نظير في السفيه المحجور إذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل ، صح وإن كان لايطالب به في حال حجره ، فكذا في حال الموت : تسقط المطالبة عن الميت المفلس ولكن من دون سقوط الدين .

٢١٤ — واحتج أبو حنيفة رحمه الله تعالى ، بأن دين الميت المفلس دين ساقط في أحكام الدنيا لا في أحكام الآخرة ، والكفالة من أحكام الدنيا ، لأنها تراد للتوثق فلا يتصور لها وجود بلا دين . ولأن الدين هو الفعل حقيقة ، أي فعل الأداء بدليل وصفه بالوجوب ، ولهذا يقال : دين واجب ، والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الافعال . وفعل الأداء ، الذي هو حقيقة الدين ، يقتضي القدرة ، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلفه ، وقد انتفت بانتفائهما فانتفى الدين ضرورة . أما جواز التبرع بدين الميت ، فلأن الدين في حق الدائن باق وإن سقط في حق الميت للضرورة ، فلا يتعدى للدائن لأن الضرورة تقدر بقدرها ،

فجاز للدائن أخذه من المتبرع ، وهذا بخلاف الكفالة فانها تعتمد قيام الدين في حق الأصيل ، وقد سقط بموته لضرورة بطلان المحل أي خراب ذمته على نحو لم يبق معه أهلاً للوجوب عليه فلا تصح الكفالة . واما بقاء الدين إذا كان به كفيل قبل موته مفلساً أو كان للميت مال ، فلأن كلاً من الكفيل والمال يعتبر خلفاً للميت لأن رجاء الأداء منهما باق ، لأن الخلف هو ما به تحصل كفاية أمر الأصيل عند عدمه ، وهما كذلك فكانا خلفين بهذا الاعتبار . وأما السفيه المحجور فله ذمة صالحة فصحت كفالته وإن تأخرت مطالبته إلى ما بعد رفع الحجر عنه .

وأما حديث « الزعيم غارم » الذي يحتج به بعض المجوزين لكفالة دين الميت المفلس ، فهو يدل على أن الكفيل يغرم ما كفل به ، وكلامنا في كفيل الميت المفلس ، هل هو كفيل أم لا ؟

وأما حديث أبي قتادة وعلي رضي الله عنهما فيحتمل أن يكون ذلك منهما على الإقرار بكفالة سابقة عن الميت لا على إنشائها بعد موته ، ووجه هذا الاحتمال أن لفظ الإقرار والانشاء فيهما سواء . كما يحتمل أن يكون منهما وعداً بالتبرع وهو جائز عن الميت ، ويدل على هذا الاحتمال ما جاء في بعض طرق هذا الحديث أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول إذا لقي علياً أو أبا قتادة : ما فعل الديناران — أي ما كفلا به — حتى قال يوماً : قضيتهما يا رسول الله . فقال عليه الصلاة والسلام : « الآن بردت عليه جلدته » . وأيضاً فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجبره على الأداء ولو كان كفالة وليس وعداً بالتبرع لأجبره عليها .

٢١٥ — هذه حجج الطرفين ، وأعظم وأقوى حجة لدى الجمهور هي الحديث الشريف حديث علي أو أبي قتادة ، ودلالة هذا الحديث على جواز كفالة الميت المفلس أرجح من الاحتمالات التي قيلت فيه .

أما حججهم الأخرى فهي لاتصمد أمام حجة أبي حنيفة ورده عليها •
وعلى هذا فالراجح ، على ما نرى ، رأي الجمهور لحديث أبي قتادة أو علي •

٢١٦ — رابعاً — ولا يشترط في المكفول عنه أن يكون بالغاً عاقلاً لانعقاد الكفالة أو نفاذها ، وبهذا صرح الحنفية ، لأنه ليس في هذه الكفالة ضرر على المكفول عنه إذا كان عديم الأهلية أو ناقصها كالمجنون والصغير ، لأنه إذا كانت الكفالة بلا أمر منهم فهي تبرع وإذا كانت بأمرهم وأدى الكفيل ما كفل به لم يكن له الرجوع عليهم لأن أمرهم لاقيمة له ، كإقرارهم ، فتكون الكفالة عنهم تبرعاً • إلا أنه في الكفالة بالنفس إذا كانت بأمر الوصي أو الولي أو بأمر الصبي المأذون فللكفيل احضار الصبي المكفول عنه جبراً وتسليمه إلى المكفول له ، بينما ليس للكفيل هذا الحق لو كانت كفالته بدون أمر •

٢١٧ — وفي الكفالة بالنفس ، لاتصح بالنسبة لمن عليه حد من حدود الله تعالى وحتى لو طابت نفسه بإعطاء كفيل لم تصح كفالته لأن الحدود مبنية على الدرء لحديث « ادرؤوا الحدود بالشبهات » فلايجب فيها الاستيثاق • أما الحدود التي فيها حق للعبد كحد القذف ،وكذلك القصاص ، فالكفالة تصح بالنسبة لمن عليه هذه الحدود أو القصاص إذا طابت نفسه بتقديم كفيل ، ولعله في ذلك أن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل ، أما إذا لم تطب نفسه بتقديم كفيل ، فعند أبي حنيفة لايجبر على تقديم كفيل ، وعند الصاحبين أبي يوسف ومحمد يجبر ، لأن في هذه العقوبات حق للعبد فيليق بها الاستيثاق •

٢١٨ — وعند الحنابلة لاتصح الكفالة بنفس من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى ، أو كان حق العبد فيه غالب القصاص ، مستدلين بالحديث الشريف « لاكفالة في حدّ » ولأنه حد فلم تصح فيه الكفالة

كحدود الله تعالى ، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق، ولأنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به ، فلم تصح الكفالة ، سواء كانت العقوبة قصاصاً أو حداً من حدود الله تعالى • والشافعية يوافقون الحنابلة في عدم جواز كفالة من عليه حد من حدود الله تعالى محتجين بمثل ما احتج به الحنابلة ، ويختلفون معهم فيمن عليه قصاص أو حد القذف ، الحنابلة يقولون : لاتجوز كفالته ، والشافعية : يقولون: تجوز كفالته ، لأنه حق لآدمي ، ولكن بشرط إذن المكفول ، فإن لم تكن بإذنه فالكفالة باطلة •

وعند الشيعة الإمامية : تصح كفالة من عليه حق لآدمي، سواء كان الحق مالاً أو عقوبة كالقصاص ، ولكن لاتصح كفالة من عليه حد من حدود الله تعالى •

وعند الظاهرية : لاتجوز الكفالة بالنفس أصلاً سواء كان عليه حق لآدمي أو حد من حدود الله تعالى • وحجته في ذلك عدم ورود نص في القرآن ولا في السنة يجيز مثل هذه الكفالة ، وقد ضعف ما استدل به المجيزون من آثار مروية في السنة النبوية وعن بعض الصحابة الكرام •

٢١٩ ــ وقال المالكية : يشترط في الضمان بالوجه أن يكون على المضمون دين لاقصاص ولا حد ولا تعزير • أما في ضمان الطلب فلا يشترط أن يكون على المضمون دين ، بل يصح حتى لو كان عليه دين أو قصاص ونحو من الحقوق البدنية من حدود وتعزيرات متعلقة بآدمي •

٢٢٠ ــ والراجح صحة الكفالة في حقوق الآدميين ، فمن كان عليه حق لآدمي مالاً كان أو عقوبة ، جازت كفالته ، لأن استيفاء الحق

منه واجب لحق الآدمي وإحضاره وسيلة لهذا الاستيفاء ، وكفالته وسيلة لهذه الوسيلة فتصح ، أما بالنسبة لمن عليه حد من حدود الله ، فلا تصح الكفالة ، لما قالوه في تعليل عدم الجواز .

٢٢١ ــ خامساً ــ ويشترط أن لا يكون المضمون عنه هو الضامن ، لأن الضمان يقتضي الزامه بالحق في ذمته ، والحق لازم له فلا يتصور إلزامه ثانياً ، ولأنه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً ، وهذا ما صرح به الحنابلة ، وينبغي أن يكون أيضاً قول المذاهب الاخرى ، لأنه في الحقيقة لافائدة من هذا الضمان ، ولأن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في الدين أو في المطالبة ، ولا يتحقق هذا المعنى إذا كان المضمون عنه هو الضامن .

المبحث الثالث

شروط المكفول به

٢٢٢ ـ عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن يشترط أن يكون المكفول له بالغاً عاقلاً لأن الكفالة عندهما تنعقد بإيجاب وقبول ، والقبول لايصح من مجنون أو صبي ، وهذا إذا باشرا عقد الكفالة . وعند أبي يوسف لايشترط أن يكون المكفول له بالغاً عاقلاً ، لأنها تنعقد عنده بإيجاب الكفيل ، ولا حاجة لقبول المكفول له ، فلا يلزم أن يكون أهلاً للقبول .

وينبغي أن يكون قول الفقهاء الآخرين الذين ذهبوا إلى أن الكفالة عقد يتم بإيجاب وقبول كقول أبي حنيفة ومحمد ، وقول من قال : انها تتم بإيجاب الكفيل وحده كقول أبي يوسف ، وهو الذي نرجحه لأن الكفالة تصرف انفرادي كما بينا .

٢٢٣ ـ ويشترط أن يكون المكفول له معلوماً عند الحنفية ، سواء كانت الكفالة منجزة أو معلقة أو مضافة ، فإن كان مجهولاً لم تصح الكفالة ، كما لو قال شخص لآخر : أنا كفيل بما يحكم به عليك لأي انسان ، أو أنا كفيل بما يظهر عليك من الحقوق لأي انسان ، أو قال : أنا كفيل بما يحصل من هذا الدلال من ضرر على الناس . وتعليل ذلك أن المكفول له إذا كان مجهولاً لم يحصل مقصود الكفالة وهو التوثق إلا أن الكفالة تصح مع مجهولية المكفول له إذا كانت على سبيل التخيير كما لو قال : كفلت ما عليك من دين لفلان أو لفلان .

وقال الحنابلة : لايشترط معرفة الضامن للمضمون له خلافاً

للقاضي الحنبلي ، واحتج الحنابلة لمذهبهم بحديث أبي قتـادة وعلي فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه ، ولأنه تبرع بالتزام مال ، فلم يعتبر معرفة من تبرع له كالنذر . وكذلك الحال عند المالكية ، فقـد قالوا : لاتضر جهالة المضمون له كأن يقول الضامن : أنا ضامن للدين الذي على زيد للناس والحال انه لايعلم عين من له الدين وإلى هـذا ذهب أيضاً الشيعة الإمامية .

وقال الشافعية : يشترط معرفة الضامن عين المضمون له لا اسمه ونسبه لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً ، ولأن المعاملة معه والأداء له ، وليعلم الضامن هل هو أهل لإسداء الجميل إليه أم لا . والراجح عدم اشتراط معرفة المضمون له ، لأن في حديث أبي قتادة وعلي ضمنا الدين دون أن يعرفا المضمون له ، ولم يسألهما النبي صلى الله عليه وسلم هل تعرفانه أم لا ؟ وما قاله الشافعية في تعليل ما ذهبوا إليه يرد عليه أنه كان بوسعه أن يعرف المضمون له ، فإذ لم يفعـل فهو الذي يتحمل النتائج . أما كون المعاملة له والأداء له ، فالواقـع أن الضامن سيعرفه حتماً عند الأداء ، وهذا يكفي وبه يحصل المقصود .

٢٢٤ ــ ويشترط أن يكون المكفول له غير الكفيل ، لأنه لايصح أن يكون الانسان كفيلاً لنفسه ، وعلى هذا لو كفل الوكيـل بالبيع المشتري بثمن المبيع لموكله فالكفالة غير صحيحة ، لأن حق قبض الثمن عائد إلى الوكيل أصالة ، فإذا كفل الثمن قبل القبض كان ذلك منه لنفسه فلا تصح الكفالة . وكذلك لاتصح كفالة الوصي المشتري للصغير بثمن المال الذي باعه لأن حق القبض للموصي ، فالكفالة تكون منه لنفسه ، وكذلك لو أودع أحد عند آخر أمانة وكفل المودع بتسليم الأمانة إليه لم تصح الكفالة . وكـذلك لاتصح كفالة أحـد الشريكين في الدين

المشترك لشريكه الآخر بنصيبه من الدين ، حتى إن الكفيل لو دفع لشريكه نصيبه من الدين بموجب هذه الكفالة كان له استرداد ما دفع لعدم صحة الكفالة بناء على أصل مقرر في الفقه الإسلامي هو أن من أدى لغيره مالاً يجب عليه أداؤه كان له استرداده ، أما عدم صحة الكفالة في هذه الحالة فلأن الكفالة إما أن تقع على النصيب المعين الذي يصيب شريكه ، وهذا يستلزم قسمة الدين قبل قبضه وهذا لايجوز ؛ لأن القسمة عبارة عن افراز وحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على جهة ، وهذا لايتصور في غير العين لأن الفعل الحسي يستدعي محلاً حسياً ، والدين مال حكمي . أو تكون الكفالة واقعة على جزء شائع من الدين وهو نصيب الشريك منه وحينئذ يكون للكفيل أن يأخذ نصيبه من المقبوض لنفسه وبذلك يكون كفيلاً لنفسه ، فلا يجوز . وما ذهب إليه الحنفية وصرحوا به ينبغي أن يكون أيضاً قول الآخرين ، لأنه لا يصح أن يكون الانسان ضامناً لنفسه .

المبحث الرابع

شروط المكفول به

٢٢٥ - أولاً - عند الشافعية .

يصح ضمان كل دين كالثمن والأجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وغرامة المتلف . وكذا المنفعة كالعمل الملتزم به في الذمة بالإجارة والمساقاة ، لأن الضمان وثيقة يستوفى منها الحق ، فيصح في كل دين لازم كالرهن .

٢٢٦ — ويشترط في الدين المكفول به أن يكون ثابتاً أي :موجوداً ولو باعتراف الضامن ، فلا يصح الضمان قبل ثبوت الدين في الذمة كنفقة الغد للزوجة . بخلاف نفقة اليوم وما قبله لوجوبها في هاتين الحالتين ، أما نفقة الغد ، فلم تثبت بعد ، فلا يصح الضمان بها،لأنه وثيقة فلا تسبق الدين[113] ولكن يستثنى من شرط ثبوت الدين ضمان الدرك بعد قبض ما يضمن ، كأن يضمن للمشتري الثمن الذي قبضه البائع عند استحقاق المبيع .

٢٢٧ — ويشترط في الدين بعد ثبوته أن يكون لازماً أو يؤول

---

(١١٣) ويلاحظ هنا أن عدم جواز ضمان نفقة الزوجة المستقبلة مبني على الخلاف في تكييف وجوبها ، فهل هي تجب بالعقد أم بالعقد مع التمكين من الاستمتاع ؟ قال الشافعي في القديم : تجب بالعقد ، وإنما يجب استيفاؤها يوماً بيوم ، فعلى هذا يصح أن يضمن نفقته مدة معلومة . وقال رحمه الله في الجديد : تجب بالعقد والتمكين من الاستمتاع، فعلى هذا لايصح ضمان النفقة المستقبلة بحال . المجموع ٤٦١/١٣ .

إلى اللزوم ولهذا يصح ضمان الثمن في مدة الخيار للمشتري وحده لأنه حينئذ يملك البائع الثمن فيصبح ضمانه له ، ولكن لا يجوز عندهم ضمان الجعل قبل الفراغ من العمل لأنه وإن آل إلى اللزوم لكن لا بنفسه بل بالفراغ من العمل ، وقال بعض الشافعية : يصح ضمان الجعل للآية الكريمة :

(ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) •

٢٢٨ ـ ويشترط أن يكون الدين المضمون معلوماً من قبل الضامن جنساً وقدراً وصفة من الحلول والتأجيل ومقدار الأجل ، كما يشترط أن يكون معيناً فلا يصح ضمان أحد الدينين مبهماً ، ولكن لو ضمن شخص لجماعة ديناً معلوماً مع جهله بما يخص كل واحد منهم جاز • وبناء على هذا الشرط لو قال : ضمنت لك ما تستحقه على فلان من الدين وهو لا يعلم مقداره ، لم يصح ضمانه ، لمجهوليته ، لأن الضمان اثبات مال في الذمة بعقد ، فأشبه البيع ونحوه • وشرط معلومية المضمون يشمل الدين المستقر كدين السلم ، وغير المستقر كثمن المبيع في الذمة قبل قبض البيع • ويستثنى من هذا الشرط إبل الدية إذ يصح ضمانها مع الجهل بصفتها كنوعها ولونها وطولها وقصرها ، لأنها معلومة السن والعدد ، ولأنه قد اغتفر الجهل بصفتها في اثباتها في ذمة الجاني فيغتفر أيضاً في الضمان ، ويرجع في بيان صفتها إلى غالب إبل البلد[١١٤] •

٢٢٩ ـ ولا يصح ضمان ما لم يجب كأن يقول : ماتداين فلاناً فأنا ضامن ، ويعللون ذلك بأن الضمان وثيقة بحق ، فلا يسبق الحق

---

(١١٤) ويلاحظ هنا أن الشافعية وإن كانوا يشترطون معلومية المبدء في الابراء ، فلا يصح الابراء عندهم من دين مجهول، لأن الإبراء تمليك المدين ما في ذمته ، فيشترط علمهما به ، إلا أنهم يجيزون الإبراء من دين إبل الدية مع الجهل بصفتها •

كالشهادة • وقال أبو العباس بن سريج ، وهو قول الشافعي في القديم: يصح ضمان نفقة الزوجة عن مدة مستقبلة ، وهذا ، كما يقول البعض ، ضمان ما لم يجب وضمان مجهول • وقد رد على هذا التوجيه بأن جواز ضمان النفقة المستقبلة للزوجة على جواز ضمان ما لم يجب ولا ليس مبنياً على جواز ضمان المجهول ، وإنما مبني على وجوبها بالعقد ، وعلى هذا يكون ضمانها من قبيل ضمان ما وجب لاضمان ما لم يجب ، ثم انه لا يصح منها إلا ضمان شيء مقدر وهو ما تستحقه على في نفقتها ، فلا يكون ضماناً بمجهول • والسبب في اشتراط هذا الشرط أن الضمان عندهم يقتضي إثبات مال في الذمة بعقد لازم فلا يصح مع الجهل به، ولا قبل ثبوته كالثمن في البيع ، والمهر في النكاح •

٢٣٠ ــ ويصح عندهم ضمان عين مضمونة بغصب ونحوه ، أي ضمان ردها إلى مالكها إذا كانت للضامن قدرة على انتزاع المضمون أو إذن من هي تحت يده بردها إلى مالكها ، فإذا تعذر الرد كما لو تلفت لم يلزم الضامن شيء •

٢٣١ ــ ثانياً ــ عند المالكية •

كل ما يلزم الذمة ويمكن استيفاؤه من الكفيل يصح ضمانه • وعلى هذا لا تجوز الكفالة بالعقوبات البدنية لأن فائدة الكفالة أن يحل الكفيل محل المكفول عند تعذر أخذ الحق منه ، وهذا المعنى متعذر في العقوبات البدنية لأنها لاتقبل النيابة • وكذلك لايصح عندهم ضمان المعينات بذاتها كما لو استعار شيئاً وضمنه بأن يرد ذاته إذا تلف ، ولكن يصح ضمان قيمتها إذا تلفت العارية ونحوها بتعد أو تقصير ممن هي تحت يده •

٢٣٢ ــ ويشترط عندهم في الدين المضمون أن يكـون لازماً أو آيلاً إلى اللزوم كما في جعل الجهالة خلافاً للشافعية الذين لم يجعلوه من الآيل إلى اللزوم • ومن صور الآيل إلى اللزوم عند المالكية ضمان ما لم يجب بعد ، لأنهم مثلوا للآيل إلى اللزوم بقولهم : وكقول القائل داين فلاناً أو بايعه أو عامله وأنا ضامن ، وكقول القائل لأهل السوق اجعلوا فلاناً عندكم سمساراً وما أخذه يسمسر عليه فإن ضمانه علي(١١٥) • ومن الواضح من هذين المثالين أنهما يتضمنان ضمان ما لم يجب وهذا خلافاً للشافعية أيضاً مع قولهم بجواز ضمان الآيل إلى اللزوم •

٢٣٣ ــ ولا يشترط أن يكون الدين المضمون معلوماً ، فيصح الضمان مع مجهوليته ، كأن يقول الضامن : أنا ضامن بما لك على زيد، والحال أنه لايعلم وقت الضمان قدر ما عليه • وعللوا ذلك أن جهل الضامن بقدر المضمون حال الضمان لاينافي علمه بقدره بعد ذلك •

٢٣٤ ــ وفي ضمان الوجه، وهو الكفالة بالنفس، أي الكفالة بالتسليم، يشترطون أن يكون على المكفول دين مالي لاقصاص ونحوه من العقوبات البدنية ، وهذا بخلاف ضمان الطلب إذ يصح حتى لو كان عليه قصاص ونحوه مما هو من حقوق العباد •

٢٣٥ ــ ثالثاً ــ عند الشيعة الامامية •

قالوا: يشترط في المضمون أن يكون مالاً ، فلا يصح ضمان ماليس بمال ، وأن يكون ثابتاً في الذمة ، فلا يصح ما لم يجب بعد ، كما لو قال : مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ • ولكن لايشترط في ثبوت المال في الذمة استقراره ، وعلى هذا صح ضمان الثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول • ويشترط في الدين الثابت في الذمة أن يكون لازماً أو يؤول إلى اللزوم مثل مال الجعالة قبل الفعل •

---

(١١٥) حاشية الدسوقي : ٣/٣٣٣ •

ولا يصح عندهم ضمان عين الأمانة كالوديعة ، لأنها غير مضمونة العين ولا الرد لأن ما يجب على الامين وهو الوديع هنـــا ، هو مجرد التخلية بينه وبين مالكها ليتسلمها . ولو ضمنها إن تعدى الأمين فتلفت لم يصح الضمان أيضاً ، لأنه ضمان مالم يجب ولم يثبت في الذمـــة فيكون باطلاً . ويصح عندهم ــ على الرأي الأقوى ــ ضمان المجهول كما في ذمته بدليل الآية الكريمة : **(ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) .**

وقال المانعون من ضمان المجهول بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر ، وضمان المجهول غرر ، ولعـــدم الدليل على صحته . وأجيب بأن الغرر الممنوع إنما هو في المعاوضات التي تفضي إلى النزاع ، أما ما لايفضي إليه كالإقرار والضمان فلا يمنع ، لأن الحكم فيه هو الرجوع إلى المقر ليبين ما أقر به ، وإلى البينة في الضمان ليثبت مقدار المضمون ، فلا غرر . أو يقال : إن الضمان كالجعالة والرهن ونحوهما يحتمل من الغرر ما لا يحتمله البيع ونحوه . ولكن يجب أن يعلم بأن جواز ضمان المجهول على الرأي الأقوى إنما يصح في حالة إمكان العلم به بعد ذلك كقوله : أنا ضامن للدين الذي لك عليه . أما إذا كان مما لايمكن فيه العلم مثل ضمنت لك شيئاً مما في ذمته فلا يصح ، قولاً واحداً . ويصح عندهم أرش الجناية وإن كان حيواناً ، وإذا قيل : إن فيه جهالة كاللون والطول والقصر فالجواب أن هذه الصفات مغتفرة بدليل ثبوتها في ذمة الجاني فتغتفر أيضاً في ضمانها . ومع ما تقدم من شروط ، فقد قالوا بصحة ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب ، والعارية والأمانة مع التعدي على إشكال(١١٦) ووجه الإشكال ظـــاهر في ضوء

---

(١١٦) مفتاح الكرامة ، المرجع السابق : ص ٣٧٢ .

الشروط التي ذكروها ، أو يقال : إن جواز ضمانها على وجه الاستثناء كما استثنوا جواز ضمان الدرك •

٢٣٦ ـ رابعاً ـ عند الحنفية •

إذا كان المكفول به مالاً فلا يشترط فيه أن يكون معلوماً أي معلوم المقدار ، فتصح الكفالة بالمال وإن كان مجهولاً جهالة يسيرة أو فاحشة لأن الكفالة مبناها التوسع ولهذا وقع الإجماع على صحة الكفالة بالدرك مع مجهولية ما يستحق من المبيع • والآية الكريمة :

(ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيـم) •

مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان ولكن إذا ضمن بمجهول كان عليه بيان مقداره ، كما لو قال : أنا كفيل بدين فلان على فلان ، صحت الكفالة ووجب عليه بيان مقدار الدين ويكون ملزماً بما يبينه حتى لو كان أكثر مما أقر به الأصيل ، إلا أن المكفول له إذا ادعى أكثر مما بينه الكفيل وأثبت مدعاه بالبينة ، ضمن الكفيل الزيادة علـى ما أقر به الكفيل لأن الكفيل إنما كفل بما يظهر مضموناً على الأصيل ، وهذا بخلاف ما لو عجز المكفول له عن اثبات مدعاه ، فإن القول قول الكفيل بيمينه بأن لايعلم أن المكفول به زائد على ما أقر به ، لأنه منكر للزيادة التي يدعيها المكفول له ، والقول للمنكر مع يمينه •

وبناء على صحة الكفالة بالمجهول صحة الكفالة بقول القائل : أنا كفيل ببعض دينك على فلان ، ويلزمه بيان هذا البعض • وكذلك صحة الكفالة بقول القائل : أنا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين فيطالب الكفيل بما يثبت على المكفول عنه •

٢٣٧ ـ ويشترط أيضاً في المال المكفول أن يكون مضموناً على الأصيل بمعنى أن يكون ايفاؤه عيناً أو بدلاً لازماً على الأصيل ، سواء

كان ديناً أو عيناً . وكذلك نص القانون المدني العراقي ، فقد جاء في المادة (١٠١٣) : يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً بنفسه على الأصيل .

٢٣٨ ـــ والدين يكون مضموناً على الأصيل إذا كان ديناً صحيحاً وهو مالا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء .وعلى هذا لاتصح الكفالة بنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها ، لأنها لاتكون ديناً قبلهما ، وإذا قضى بها حاكم أو جرى عليها تراضٍ ، صارت ديناً ، ولكنه دين غير صحيح لسقوطها بالموت أو الطلاق بخلاف المستدانة بأمر القاضي فإنها تكون ديناً صحيحاً لاتسقط إلا بالأداء أو بالإبراء ، إلا أن النفقة غير المستدانة ، بالرغم من كونها ديناً غير صحيح عند الحنفية ، فإنهم قالوا بصحة الكفالة به استحساناً ، بل وذهبوا في الاستحسان إلى أبعد من ذلك ، فقالوا بجواز الكفالة بنفقتها ما دامت الزوجية قائمة ، وكذلك أجازوا استحساناً الكفالة بها إذا أراد زوجها السفر ، وعليه الفتوى ، مع أنها لم تصر ديناً أصلاً ، وهذا على وجه الرفق بها ، مع تعليلهم هذا الجواز بأن الكفيل كأنه قد تكفل بما وجب لها عليه ، أي بما يجب على الزوج في المستقبل ، فتكون كفالة معلقة على شرط الوجوب فتصح بهذا الاعتبار .

٢٣٩ ـــ ولا تصح الكفالة بدين الرشوة والقمار لأنه غير مضمون على الأصيل ، وكذلك لاتصح كفالة الخسارة كما لو قال : بايع فلاناً وأنا ضامن بكل خسارة تصيبك ، لأن هذه الخسارة غير مضمونة على الأصيل ، ولكن فقهاء الحنفية اختلفوا في جواز ضمان النوائب وهي على اصطلاحهم ما يوظف على الناس من جبايات ظالمة ، فقال بعضهم : لاتجوز لأنها غير واجبة الإيفاء شرعاً فلا تكون مضمونة على الأصيل ،

ولأن في هذه الكفالة تقريراً للظلم . وأجازها بعضهم ، ووجهة هذه الإجازة أن الكفالة في هذه الحالة تعني إعطاء فسحة للمطالب بأن يؤدي مايراد منه بدون إرهاق ، جاء في حاشية ابن عابدين في تبرير رأي المجيزين « لولا الكفالة يحبسه الظالم المكفول له ويضربه ويكلفه ببيع عقاره وسائر أملاكه بثمن بخس ، أو بالاستدانة بالمرابحة ونحو ذلك ، ولعلهم لهذا أجازوا هذه الكفالة »(١١٧) . ثم ذكر ابن عابدين عن البزازية : قال لرجل : خلصني من مصادرة الوالي ، أو قال الأسير ذلك فخلصه ، رجع بلا شرط(١١٨) .

والذي أراه أن الكفالة في هذه الحالات تجوز على أساس الضرورة وما ذكره الفقيه ابن عابدين رحمه الله عن البزازية لاينطبق على الكفالة وإنما هو من باب الضمان ، وهو أوسع من الكفالة ، حيث يضمن الآمر مادفعه عنه المأمور لتخليصه من مصادرة الوالي أولتخليصه من الأسر ، فهو نائب عنه في الدفع ، فيثبت له حق الرجوع لأن الإذن يتضمنه ، فإذا جاز الأداء هنا ، وهو غير مستحق على الآمر ، للضرورة جازت الكفالة هناك أيضاً للضرورة .

٢٤٠ ـ وإذا كان المال المكفول به عيناً ، فيجب أن تكون مضمونة كما قلنا . وتفصيل القول في العين المكفول بها ، يمكن إيجازه على النحو الآتي :

العين نوعان : عين هي أمانة ، وعين هي مضمونة ، أما الأولى فلا تصح الكفالة بها ، سواء كانت أمانة واجبة التسليم كالعارية والمأجور ،

---

(١١٧) ابن عابدين : ٥/٣٣١ .

(١١٨) ويبدو أن الشيعة الامامية يجيزون هذا الضمان ، فقد جاء في مفتاح الكرامة ، لو قال لآخر : أد عني أو اضمن عني لينجو من حبس الظالم ، فإنه يكون ضامناً وله الرجوع بما أدى .

أو غير واجبة التسليم كالوديعة ، وهذا إذا أضاف الكفالة إلى عينها وعينها غير مضمونة على الأصيل كما قلنا . ولكن لو كفل بتسليم المستعار أو المأجور ، جازت الكفالة ، لأنهما مضمونا التسيم ، والكفالة أضيفت إلى مضمون على الأصيل وهو فعل التسليم فتصح . وأما العين المضمونة ، فإن كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب صحت الكفالة بها وعلى الكفيل ردها بعينها مادامت قائمة ، ورد مثلها أو قيمتها إن كانت هالكة . وإن كانت مضمونة بغيرها ، وهي التي يجب تسليمها مادامت قائمة . فإذا هلكت لم يجب تأدية بدلها بل يجب على الأصيل شيء آخر كالبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن ، فإذا هلك سقط الثمن على المشتري إن لم يكن قد أداه ، ورده إلى المشتري إن كان البائع قد قبضه . فهذا النوع من الأعيان لاتصح الكفالة بأعيانه أي بماليته أي بضمان بدله عند هلاكه ، كما في المبيع قبل القبض إذا هلك لم يجب على البائع رد مثله أو قيمته وإنما ينفسخ البيع ويجب على البائع رد الثمن إن كان قد قبضه ، وكالمرهون إذا هلك لم يجب على المرتهن رد مثله أو قيمته وإنما يسقط الدين الذي يقابله . هذا ومن الجدير بالذكر هنا أن جواز الكفالة بتسليم هذا النوع من الأعيان أي المضمونة بغيرها مشروط بعدم وجود حق في حبسها لمن هي تحت يده كما لو أوفى الراهن الدين إلى المرتهن ولم يسلمه المرهون أو أدى المشتري الثمن ولم يسلمه البائع المبيع ، ويكون الكفيل مجبراً بتسليم العين المكفولة مادامت قائمة فإذا هلكت فلا شيء على الكفيل . وكذلك تجوز كفالة الأعيان غير المضمونة أو المضمونة بغيرها إذا كانت الكفالة مضافة إلى سبب الضمان أو معلقة عليه كما لو قال : أنا كفيل إذا استهلك المكفول عنه المرهون ، أو المستعار أو المأجور أو الوديعة ، لأن هذه الأعيان في حالة استهلاكها تصير مضمونة على من هي تحت يده فيجب الضمان على الأصيل ، فتصح الكفالة بما وجب عليه .

٢٤١ ـ وإذا كان المكفول به فعلاً فيشترط فيه أن يكون مضموناً أيضاً على الأصيل مثل فعل التسليم بالنسبة لما ذكرناه من الأعيان ، ومثل ضمان عمل الأجير المشترك أو الالتزام بنقل بضاعة ونحو ذلك .

٢٤٢ ـ ويشترط في المكفول به أن يكون مقدور التسليم واستحصاله من الكفيل ممكناً كثمن المبيعات ، وأجرة المأجور ، وبدل القرض ونحو ذلك ، وعلى هذا لاتصح الكفالة بالعقوبات البدنية كالقصاص وسائر الحدود لأنه لايمكن استيفاؤها من الكفيل ، لأن العقوبات البدنية لاتحتمل النيابة ، ولكن تجوز الكفالة بالعقوبات المالية كالأرش والدية باعتبارها كفالة بالمال .

٢٤٣ ـ رابعاً ـ عند الحنابلة .

قالوا : إذا كان المكفول به مالاً فلا يشترط فيه أن يكون معلوماً فإذا قال :أنا ضامن لك دينك على فلان أو ما يقضى به لك عليه أو ما يقر به لك ، صح الضمان . ودليل ذلك الآية الكريمة :

(ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) .

وفي السنة « الزعيم غارم » ولأنه التزم حقاً في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والإقرار . وعلى هذا صح ضمان أرش الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديات ، لأن ضمان المجهول يصح فضلاً عن أن الإبل الواجبة في الذمة معلومة الأسنان والعدد وإن كانت مجهولة اللون والطول والقصر ، ويلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلوميتها .

٢٤٤ ـ ويصح عندهم ضمان ما لم يجب كما لو قال : أنا ضامن ما تعطيه إلى فلان . وإذا قيل : إن الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام

الدين فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً .
قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وأن ما يثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله : ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه ، وسلموا ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد .

٢٤٥ — ولا يشترط لصحة ضمان الدين أن يكون لازماً بل يكفي أن يؤول إلى اللزوم ، وعلى هذا صح ضمان ثمن المبيع في مدة الخيار للمشتري وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده ، لأن هذه الحقوق لازمة أو تؤول إلى اللزوم ، وجواز سقوطها قبل اللزوم لا يمنع ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار مع احتمال سقوط الثمن إذا رد المبيع بعيب أو مقايلة ، فيفسخ البيع ويسقط الثمن إذا لم يقبضه البائع ، أو يرده إذا كان قد قبضه .

٢٤٦ — وقد ترتب على قولهم بجواز ما لم يجب وما يؤول إلى اللزوم ، صحة نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة ، لأن نفقة اليوم واجبة ، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم ، وأما النفقة في الماضي، فإن كانت واجبة إما بحكم الحاكم بها أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها وإلا فلا .

٢٤٧ — وفيما يخص ضمان المال إن كان عيناً ، قال الحنابلة : يصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوبة ، وعلى الضامن أن يرد عينها إذا كانت قائمة ، ويرد قيمتها أو مثلها إن كانت تالفة كما في ضمان المغصوب ، لأنه مضمون على غاصبه . وقد عللوا ضمانها بأن ضمان هذه الأعيان هو في الحقيقة ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند التلف ، وهذا مما يصح ضمانه كما في ضمان الدرك وهو التزام رد الثمن أو عوضه إذا ظهر المبيع مستحقاً .

أما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والمستعارة ، فإذا ضمنها من غير تعد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنها . وإن ضمنها إن تعدى فيها صح الضمان في ظاهر كلام الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى . وعلى هذا إذا تلفت من غير تفريط منه ولا فعله ، لم يلزم الضامن شيء ، وإلا لزمه ، وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد بينا جوازه .

* * *

الفصل الرابع

أحكام الكفالة

أولاً — الرجوع عن الكفالة

٢٤٨ — إذا انعقدت الكفالة صحيحة ، فليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة لأنها بحقه لازمة بخلاف المكفول له ، إذ هي بالنسبة إليه غير لازمة فله أن يعفي الكفيل منها • ولكن للكفيل أن يخرج من الكفالة قبل ترتب الدين في ذمة المكفول عنه كما لو قال : أنا كفيل بثمن ما تبيعه من فلان ، أو إذا بعت من فلان شيئاً فأنا كفيل بالثمن ، فله في هذه الحالة أن يتحلل من الكفالة قبل البيع بشرط أن يعلم المكفول له بذلك لئلا يبقى مغروراً بكفالته ، ويتم الإعلام بكل قول يدل على الرجوع عن الكفالة كأن يقول له : رجعت عن كفالتي ، أو يقول : لا تبع لفلان المكفول عنه • ومن الجدير بالذكر أن ما قلناه عن رجوع الكفيل عن كفالته لاينطبق فيما إذا قال الكفيل ماثبت لفلان على فلان من الدين فأنا ضامن به • لأن ثبوت الدين وإن كان متأخراً عن انعقاد الكفالة • إلا أن ترتبه في ذمة المدين مقدم عليه • وقد نص القانون المدني العراقي في مادته (١٠١٠) : « وليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة الأصيل في الكفالة المعلقة والكفالة المضافة » •

ثانياً – حق المطالبة

٢٤٩ – عند الحنفية ، يثبت للمكفول له حق مطالبة الكفيل والأصيل بالمكفول به دون التزام بأولوية من يطالب وبمقدار ما يطالب، فله أن يطالب الأصيل أولاً ، كما له أن يطالب الكفيل أولاً ، وله أن يطالب من شاء منهما بكل الدين أو بعضه ، وله أن يكرر المطالبة على النحو الذي يريده . ولا يتقيد بمطالبته الكفيل أن يكون الأصيل معسراً فسواء كان معسراً أو مليئاً له أن يطالب الكفيل أولاً . ولكن إذا شرط الكفيل في كفالته براءة الأصيل من الدين فليس للمكفول له أن يطالب الأصيل ، وهذه في الحقيقة حوالة . وكذلك ليس للدائن إلا أن يطالب الكفيل فقط إذا أنكر الأصيل الدين وعجز الدائن عن الإثبات وحلف اليمين ، لأن المطالبة في هذه الحالة تسقط عن الأصيل فتقتصر على الكفيل لزعمه بوجود الدين . وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (١٠٢٠) على حق المطالبة الثابت للدائن ، فقد جاء في الفقرة الأولى من هذه المادة : « للدائن حق مطالبة الكفيل بالدين المكفول به ويطالبه حالاً إذا كان الدين معجلاً في حق الأصيل والكفيل .

٢٥٠ – هذا وإن المطالبة التي تثبت للدائن تكون بالصفة التي عليها الدين على الأصيل من ناحية التعجيل والتأجيل إذا كانت الكفالة منجزة مطلقة ، أما في المعلقة فلا تتحقق المطالبة إلا بعد تحقق ما علقت به ، وفي المضافة عند تحقق ما أضيفت إليه من زمن أو حدث . وإذا كان الدين حالاً على الأصيل ومؤجلاً على الكفيل لم يطالب الكفيل به إلا إذا حل الأجل .

٢٥١ – حلول الدين بالموت .

وإذا مات الكفيل بالدين المؤجل حل الدين بموته وثبت للدائن حق مطالبة الورثة بالإضافة إلى تركة الكفيل ، ولكن لا يحل الدين

على الأصيل وبالتالي لايطالب قبل حلول الأجل ، وعلى هذا إذا أدى ورثة الكفيل الدين من التركة وكانت الكلمة بأمر المكفول عنه لم يرجعوا به على الأصيل إلا عند حلول الأجل • وإذا حل الدين على الأصيل بموته لم يحل على الكفيل بل يبقى في ذمته مؤجلاً • ولو ماتا – الكفيل والأصيل – سوية ، خير الدائن في أخذه من أي التركتين شاء لأنه دين ثابت على كل واحد منهما ، كما في حال الحياة وقد حلّ بالموت بالنسبة إليهما ، فيستوفيه من تركة من شاء منهما •

٢٥٢ – تعدد الكفلاء

وإذا تعدد الكفلاء بالمال وكانوا قد كفلوا بالتعاقب ، طولب كل منهم بكل المكفول به ، ولو كفلوا سوية بمجموع الدين ، انقسم الدين المكفول به على عدد رؤوسهم وطولب كل منهم بحصته من الدين لأنهم استووا في الكفالة والمكفول به يقبل الانقسام عليهم ، ولا يطالب الكفيل منهم إلا بحصته من الدين إلا إذا كفل كل منهم عن صاحبه ، فيطالب كل منهم في هذه الحالة بكل الدين • وكما يلزم الكفيل أداء المكفول به يلزم كذلك كفيل الكفيل فيحق للدائن أن يطالبه بما يطالب به الكفيل الأول •

٢٥٣ – دفع الكفيل ببطلان الدين •

ولو أراد الكفيل دفع المطالبة بالأداء بحجة أن الدين باطل لكونه دين رشوة أو قمار ، فإن أقر المكفول له بذلك ، سقطت الكفالة وإن لم يقر بذلك ، فليس للكفيل أن يقيم البينة على مدعاه لأن كفالته إقرار منه بصحة الدين ، وادعاؤه بعد ذلك بعدم الصحة تناقض فلا يسمع •

٢٥٤ – محل الاداء

أما محل أداء المكفول به ، فينظر فإن كان المكفول به يحتاج إلى

حمل ومؤونة فإن أداءه يكون في المحل المشروط في الكفالة ، وإن لم يعين المحل فيحتمل أن يكون الأداء في المكان الذي وقعت فيه الكفالة. أما ما لايحتاج إلى حمل ومؤونة فللدائن أن يأخذه في أي محل أراد ، كما لو كفل أحد بألف دينار على أن يدفع نصفها في بغداد والنصف الآخر في الموصل ، فللدائن إن شاء أخذ الدين كله في بغداد أو في الموصل أو في أي مكان آخر(١٢٨) .

٢٥٥ ـ الكفالة المقيدة

وإذا كانت الكفالة مقيدة بشرط الأداء من مال معين ، تقيدت به إذا كان هذا المال مال الدين المودع عند الكفيل ، ويجبر الكفيل على أداء الدين من ذلك المال مادام من جنس الدين ، فإن لم يكن من جنسه أجبر على بيعه وإيفاء الدين منه . وإذا تلف عنده بلا تعد ولا تقصير لم يلزم الكفيل شيء . أما إذا كفل على أن يؤديه من مال الأصيل الذي في يده وليس في يد الكفيل ، فلا تصح الكفالة لأنه ليس للكفيل حق في بيع مال المكفول فلا يقدر على التنفيذ . وإذا كفل على أن يؤدي المكفول به من مال معين يملكه الكفيل لايجبر على بيعه ، ولكن لو باعه أجبر على الإيفاء وإذا كفل على أن يؤدي من مال أجنبي لم تصح الكفالة لأنه لا ولاية له على مال الغير . وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (١٠١١) على جواز الكفالة المقيدة بالإيفاء من مال المدين المودع عند الكفيل بإذن المدين وأن الكفيل يجبر على الأداء من ذلك المال .

---

(١٢٨) الفتاوى الهندية نقلاً عن شرح المجلة للاستاذ علي حيدر ٦٧٣/٣ .

٢٥٦ ـ الكفالة بالنفس

يلزم الكفيل إحضار المكفول في الوقت المعين ولا يحق له طلب مهلة إذا كان محل المكفول به معلوماً ، فإذا لم يحضره أجبر على ذلك وحبس ، لأنه امتنع عن أداء حق لازم عليه • ولكن إذا كانت جهة المكفول بعيدة أعطي الكفيل مهلة كافية لذهابه ورجوعه بالمكفول • أما إذا كان مكانه مجهولاً ، وتصادق الكفيل والمكفول له على ذلك فإن المطالبة تتأخر إلى أن يعرف مكان المكفول عنه ، وإذا اختلفا قبلت بينة من يقيمها منهما • وإن أقاماها رجحت بينة المكفول له ، وإذا لم يستطع أحدهما إقامة البينة ينظر : فإن كان للمكفول جهة معينة يقصدها عادة لقضاء حوائجه كالتجارة ونحوها ، فالقول للمكفول له ويلزم الكفيل أن يذهب إلى ذلك المكان للتفتيش والتحري عنه • وإذا لم يوجد له مكان يقصده عادة فالقول للكفيل مع اليمين على أنه لايعلم مكانه •

وإذا رفض المكفول مطاوعة الكفيل بتسليم نفسه كان له مراجعة الحاكم ليعينه بأعوانه ، وهذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول ، فإن لم تكن بأمره فلا يملك الكفيل إلا إرشاد المكفول له إلى مكان المكفول عنه ويخلي بينهما •

أما مكان التسليم فإنه المعين في الكفالة ، فعلى الكفيل تسليمه فيه ولكن تقييد الكفالة بمكان معين للتسليم إنما يكون معتبراً إذا كان مفيداً فإن لم يكن مفيداً لم يلتفت إليه ، جاء في مبسوط السرخسي لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً ، فأما إذا لم يكن مفيداً فلا ، وتقييد التسليم بالمصر مفيد لأنه إذا سلمه خارج المصر ربما يهرب أولا يتمكن من إحضاره بل يمتنع منه • أما في المصر فالتقييد بموضع منه غير مفيد ••• ثم قال رحمه الله : فأما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القاضي فالشرط معتبر • وإذا كانت الكفالة مطلقة غير مقيدة

بمكان معين ، جاز للكفيل تسليمه في أية مدينة يمكن للدائن مخاصمته فيها ولا يشترط تسليمه في البلد الذي وقعت فيه الكفالة على رأي أبي حنيفة ، أما أبو يوسف ومحمد فقد اشترطا التسليم في البلد الذي وقعت فيه الكفالة .

وإذا أحضر الكفيل المكفول به في الوقت المعين والمكان المطلوب وكان المكفول له غائباً أو مختفياً فله أن يراجع القاضي لينصب وكيلاً عن الغائب ليتسلم المكفول ، لأن القاضي كما له صلاحية أخذ الحق من الشخص ، له أيضاً إجراء هذا الحق عنه ومنع الظلم والتعسف عن الكفيل .

٢٥٧ ـ إذا ارتد المكفول ، ولحق بدار الحرب ، لم يبرأ الكفيل لأن لحاقه بدار الحرب إنما اعتبر كموته حكماً في حق أمواله وقسمتها بين ورثته ، أما في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم نفسه إلى خصمه ، فيبقى الكفيل على كفالته ، ويمهله القاضي مدة مناسبة إن أمكنه الذهاب إلى دار الحرب وإلا انتظر الإمكان ، فإن امتنع مع الإمكان حبسه القاضي .

٢٥٨ ـ وإذا كفله على أن يسلمه في وقت معين وإذا لم يحضره فعليه أداء دينه ، صح الشرط ، فإذا لم يسلمه لزمه الدين ولا يبرأ من الكفالة بالنفس ، إذ لامنافاة بينهما من بقائهما لأن كلتيهما للتوثق ، وقد يكون للمكفول له حق آخر غير الدين المدعى به . وهذا كله إذا كان الكفيل قادراً على إحضار المكفول به ولم يفعل ، فإن كان عاجزاً عن ذلك لحبسه أو مرضه أو اختفاء المكفول عنه على وجه لايهتدي إليه الكفيل فلا مسؤولية على الكفيل إذا لم يحضره في الوقت المعين لأن شرط الضمان عدم التسليم مع القدرة ، ولا قدرة مع العجز فلا يلزمه

الضمان • ولكن لو عجز الكفيل عن التسليم بسبب موت المكفول بعد موعد التسليم لزمه الدين وإن مات قبله لم يلزمه •

٢٥٩ ــ وإذا مات الكفيل بطلت الكفالة بالنفس ، لأن تسليم الكفيل المطلوب بعد موت الكفيل لايتحقق منه ، ولا تتوجه المطالبة بالتسليم على ورثته لأنهم لم يكفلوا له بشيء وهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه ، والكفالة بالنفس لايمكن استيفاؤها من المال ولا يتعلق دين الدائن بتركة الكفيل لأن كفالته بالنفس ولا يجوز اعطاؤه مالاً بدلاً من النفس • وإذا مات المكفول لم يلزم الكفيل بشيء لأن الكفالة بمضمون على الأصيل ، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل ، ولكن حق الدائن يتعلق بتركة المكفول إن كان له حق قبله • وإذا مات المكفول له طالب ورثته بتسليم المكفول به وبقيت الكفالة ، ولكن لو كفله على أن يحضره في وقت معين وإلا كان ضامناً دينه ثم مات الكفيل قبل وقت التسليم ، قام ورثته مقامه بالتسليم ، فإذا سلموا المكفول أو سلّم هو نفسه لم يلزمهم شيء من المال ، وإن لم يحصل التسليم لزمهم أداء الدين من تركة الكفيل •

٢٦٠ ــ هذا وقد نصّ القانون المدني العراقي في المواد (١٠١٧ ، ١٠١٨ ، ١٠١٩) على أحكام الكفالة بالنفس ، فقد جاء في المادة(١٠١٧): « المضمون في الكفالة بالنفس هو إحضار المكفول به ، فإن اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين يجبر الكفيل على إحضاره وتسليمه للمكفول له في هذا الوقت إن طلبه ، فإن أحضره يبرأ من الكفالة وان لم يحضره جاز للمحكمة أن تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية ما لم يظهر عجزه وعدم اقتداره على إحضار المكفول به » • والجديد في هذه المادة بالنسبة للفقه الاسلامي هو فرض الغرامة التهديدية ، وهذا الجديد مخالف لما ذكرناه من فقه الحنفية • ولما نذكره من فقه المذاهب

الأخرى ،وكان الصواب أن يؤخذ برأي بعض الفقهاء بإلزام الكفيل بدين المكفول إذا لم يحضره مع قدرته على الإحضار • ونصت المادة ١٠١٨: « إذا كان المكفول به غائباً غيبة معلومة وطلب المكفول له إحضاره يكلف الكفيل بذلك وللمكفول له أن يستوثق بأخذ كفيل من الكفيل عند ذهابه لإحضار المكفول به • وإن كان المكفول به غائباً ولم يعلم مكانه فلا يطالب به الكفيل » وهذه المادة فيما يخص تكليف الكفيل بأخذ كفيل منه يستسيغها الفقه الاسلامي وإن لم ينص عليها •

ونصت المادة (١٠١٩) :

« أ ــ إذا تعهد الكفيل بالنفس أن يسلم المكفول به في وقت معين وإلا فعليه أداء دينه لزمه أداء الدين إذا لم يحضره في الوقت المعين •

ب ــ وإذا مات الكفيل فإن لم يتسلم الورثة المكفول به في الوقت المعين أو لم يسلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة لزم أداء الدين من تركة الكفيل » • وهذه المادة مطابقة لما ذكرناه عن الفقه الحنفي •

٢٦١ ــ ثانياً ــ الحنابلة :

قالوا : للدائن حق مطالبة الكفيل والأصيل دون تقيد بأولوية من يطالب ، فهم في هذه المسألة كالحنفية • أما في مسألة حلول الدين بموت الضامن أو المضمون عنه ، فعندهم روايتان • وإذا قلنا بحلوله عن الميت لم يحل على الآخر لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل ، فإن قضاه قبل الأجل كان تبرعاً بتعجيل الوفاء • وهل له مطالبة تركة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يخرج على الرأيين فيمن قضى بغير إذنه من هو عليه • وإن كان الميت الضامن استوفى الدائن الدين من تركته ولم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الأجل لأنه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبته به قبل أجله •

٢٦٢ — وفي الكفالة بالنفس ، إذا وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد فإن سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه • أما إذا عين مكان التسليم في عقد الكفالة ، فعليه تسليمه في هذا المكان فإن أحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة •

وقالوا : إذا تكفل برجل إلى أجل وإن لم يأت به في هذا الأجل لزمه ما عليه من دين ، صح ضمانه ، وعللوا ذلك بأن هذا الشرط هو مقتضى الكفالة بالمال وموجبها فصح اشتراطه ، بل إن الحنابلة قالوا : من كفل بنفس لزمه ما عليها من دين إن لم يسلمها ، محتجين بالحديث الشريف « الزعيم غارم » •

٢٦٣ — ثالثاً — الشافعية :

قالوا : للمضمون له مطالبة الضامن والأصيل مجتمعين أو منفردين بكل الدين أو ببعضه لأن الزعيم غارم والدين باق في ذمة الأصيل •

وإذا مات الضامن أو المضمون عنه حلّ الدين إذا كان مؤجلاً بالنسبة لمن مات لأن ذمته خربت بخلاف الحي فإن ذمته باقية والأجل باق في حقه لأنه يرتفق به ولا داعي لسقوط الأجل عنه • فإذا كان الميت هو الأصيل فللضامن أن يطالب الدائن بأخذ الدين من تركته ، أو إبرائه من الضمان ، لأن التركة قد تهلك ، فلا يجد مرجعاً إذا غرم • وإذا كان الميت هو الضامن وأخذ الدائن دينه من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المضمون عنه الآذن بالضمان قبل حلول الأجل •

٢٦٤ — وفي الكفالة بالنفس ، قال الشافعية : يجب على الكفيل إحضار المكفول في المكان المعين بمقتضى الكفالة ، فإن لم يذكرا المكان ففي موضع عقد الكفالة • وبقيد بلد التسليم معتبر تجب مراعاته وللمكفول رفض تسلمه في غير البلد المشروط ولكن لو عين مكان في

بلد فهل يلزمه ذلك ؟ وجهان • وفي المهذب للشيرازي : إن أحضره في غير الموضع الذي شرط فيه التسليم فإن كان عليه في قبوله ضرر أو له في رده غرض لم يلزم قبوله ، وإن لم يكن عليه ضرر وليس في رده غرض وجب قبوله • فإن لم يتسلمه أحضره عند الحاكم ليتسلم عنه ويبرأ • وإن أحضره قبل الأجل ، فإن قبل المكفول به برىء من الكفالة، وإن امتنع من قبوله ، ينظر فإن كان امتناعه لضرر يصيبه لم يلزمه تسلمه وإن لم يكن في تسلمه ضرر لزمه قبوله •

وإذا ارتد المكفول ولحق بدار الحرب لزم الكفيل إحضاره بأن يخرج إلى دار الحرب لإحضاره ، وكذلك إذا غاب إلى موضع معلوم فعليه أن يذهب ويحضره ، وإن كان في غيبة منقطعة ولا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل بإحضاره •

٢٦٥ ـ رابعاً ـ المالكية •

يثبت عندهم للدائن حق المطالبة على الوجه التالي :

إذا كان الضمان بالمال وحلّ الأجل ثبت للدائن حق المطالبة بشرط أن يبدأ بالأصيل إن كان حاضراً مليئاً ، أما إذا حلّ الأجل ، والأصيل غائب أو كان قد مات ، أو كان حاضراً وهو معسر ، ففي هذه الأحوال يحق للدائن مطالبة الضامن ابتداء ، وإذا حصل تنازع بين الدائن والضامن : الدائن يقول : إن المدين معدم ومن ثم فله مطالبة الضامن ، والضامن يقول : إن المدين مليء ومن ثم فعليه مطالبته أولاً فالقول قول الضامن في ملاءة المدين المضمون لأن الغالب في الناس الملاءة للتكسب ، وبالتالي ليس للدائن مطالبة الضامن وكذلك ليس له مطالبة الأصيل لأنه مقر بفقره وإعساره إلا إذا أثبت بالبينة يسار الضامن فيطالبه • وقال سحنون : القول للدائن إلا إذا أقام الكفيل البينة على يسار الأصيل ، وعلى هذا العمل عند المالكية • ومع هذا فإن للدائن أن

يشترط لنفسه حق مطالبة الأصيل أو الكفيل أيهما شاء ، وهذا الشرط معتبر • وقد نص القانون المدني العراقي بما يشبه المقرر في الفقه المالكي ، فقد جاء في المادة (١٠٣١) ما يأتي :

(١) يفرض في الكفالة أنها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء الدين بالدين ما لم يكن الكفيل قد نزل عن هذا الشرط أو كان قد تضامن مع المدين •

(٢) فإذا طولب الكفيل أولاً جاز له عند الاجراءات الأولى التي توجه ضده أن يطالب الدائن باستيفاء دينه من أموال المدين واتخاذ الاجراءات ضده إذا ظهر أن أمواله القابلة للحجز تكفي لوفاء الدين بأكمله وتقدر المحكمة ما إذا كان هناك محل لوقف الاجراءات مؤقتاً ضد الكفيل حتى يتم الاستيفاء •

٢٦٦ — وإذا أراد الدائن تأجيل الدين على الأصيل عند حلول أجله وكان المدين موسراً أو سكت الدائن عن مطالبة المدين ، كان للضامن حق الاعتراض على ذلك ، وله أن يطالب الدائن بإنهاء ضمانه • وتعليل ذلك أن في ترك مطالبة الأصيل بالدين عند حلول الأجل ضرراً بالضامن لاحتمال إعساره في المستقبل ومن ثم يصبح له حق في الرجوع على الضامن ومطالبته بالدين • وقد نص القانون المدني العراقي في المادة (١٠٣٦) « ١ — يجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم وفاء المدين به أن يطالب المدين بتخليص ذمته من الكفالة أو بأن يقدم له ضماناً • ويبقى له هذا الحق حتى لو منح الدائن للمدين مهلة دون رضاء الكفيل • ويكون للكفيل أيضاً هذا الحق قبل حلول الدين ، إذا أفلس أو أعسر ٢ — ويجوز للكفيل عند استحقاق الدين وعدم مطالبة الدائن به أن ينذر الدائن بلزوم اتخاذه الاجراءات القانونية

لاستيفاء دينه خلال مدة لاتقل عن شهر فإذا انتهت المدة ولم يطالب المدين بدينه خرج الكفيل من الكفالة » والفقرة الثانية تجد لها سنداً من الفقه المالكي كما هو واضح فيما ذكرناه عن هذا الفقه •

٢٦٧ ــ وإذا مات الضامن قبل حلول أجل الدين انتهى ضمانه في حق نفسه ، وخير الطالب بين بقائه إلى حين حلول الأجل ومن ثم يطالب الأصيل ، وبين أن يتعجل استيفاء حقه فيأخذه من تركة الضامن حتى ولو كان الأصيل حاضراً مليئاً لعدم حلول أجله ، ولكن لو مات الضامن عند حلول الأجل أو بعده لم يكن للدائن أن يطلب دينه من تركة الضامن إذا كان المدين الأصيل حاضراً موسراً وإلا كان له ذلك • وإذا مات الأصيل فإن دينه يتعجل ومن ثم للدائن أن يستوفيه من تركته، فإن لم يترك شيئاً انتظر الدائن حلول أجل الدين بالنسبة إلى الضامن ثم يطالبه بالدين لأنه لايلزم من حلول الدين على الأصيل بسبب موته حلوله أيضاً على الضامن •

٢٦٨ ــ وللضامن عند المالكية أن يرجع عن ضمانه قبل ثبوت الدين في ذمة الأصيل كما لو قال : بايعه وأنا ضامن ، فله أن يرجع قبل المبايعة ، فإذا بايعه لم يلزمه ضمان الدين بشرط أن يعلمه بالرجوع قبل المبايعة وإلا لزمه ذلك •

٢٦٩ ــ وفي ضمان الوجه ، **أي الكفالة بالنفس ، إذا لم يحضر** المضمون أو لم يحضره الضامن ضمن الضامن الدين الذي على المضمون حتى ولو لم يفرط الضامن في إحضاره كأن تعذر عليه الإحضار • وإذا حكم عليه بالضمان فلا يسقط عنه إذا أحضره بعد ذلك ، لأن الحكم قد مضى إلا إذا أثبت الضامن فقر المضمون عند حلول الأجل أو أثبت موته قبل الحكم عليه فلا غرم عليه لأنه حكم قد تبين خطؤه •

٢٧٠ ـ وفي ضمان الطلب يلزم الضامن التفتيش عن المكفول وبذل الجهد المستطاع في هذا السبيل إذا كان موضع المكفول معلوماً في البلد أو قريباً منه • فإذا ادعى أنه لم يجده صدق وحلف أنه ماقصّر في طلبه ولا يعلم مكانه ، فإذا نكل غرم ، كما يغرم أيضاً إذا فرط في الإتيان به أو في الدلالة عليه أو إذا كان قد علم موضعه وتركه حتى لايتمكن الدائن منه أو إذا هرّبه • وإنما يغرم الضامن إذا كان على المكفول دين ، أما إذا لم يكن عليه دين بأن كان عليه قصاص فإن الحاكم يعاقبه بما يراه مناسباً •

٢٧١ ـ خامساً ـ الشيعة الإمامية

قالوا : يثبت للدائن حق مطالبة الضامن لأن الحق انتقل إلى ذمته وإذا مات الضامن قبل حلول أجل الدين حلّ الدين بالنسبة إليه واستوفي من تركته ، وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه إذا كان الدين عليه حالاً • ولو كان الدين على الأصيل مؤجلاً لم يكن له الرجوع قبل الأجل لأن الحلول عليه لايستدعي الحلول على الآخر •

ولو مات الأصيل والدين مؤجل حجز الحاكم من التركة بقدر الدين حذراً من أن يضيع على الضامن ما يؤديه إلى الدائن بعد الحلول باستهلاك التركة من قبل الورثة فيضعه الحاكم عند ثقة حتى يحل الأجل •

٢٧٢ ـ وإذا اشترط الأداء من مال معين جاز ذلك ، فإذا تلف المال بغير تفريط ففي بطلان الضمان إشكال ، ومع عدم بطلانه بالهلاك يتعلق به تعلق الدين بالرهن •

٢٧٣ ـ وعند تعدد الضامنين ينظر فإن كان تعددهم وقع على التعاقب ، فمن رضي المضمون له أولاً بضمانه انتقل المال إلى ذمته وبطل ضمان الآخر سواء كان هو السابق أو اللاحق • وإذا رضي

بضمانهما دفعة واحدة كأن يقول : رضيت بضمان كل واحد منكما ، انتقل الدين إلى ذمة الأول . وإذا وقع ضمان الاثنين دفعة واحدة ،فإن وقع رضى المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب ، صح ضمان من رضي بضمانه ، وإذا وقع الرضى منه دفعة واحدة ، فأقوال في هذه الحالة ، قيل : يطالب كل واحد بقسطه ، وقيل : يتخير في مطالبة من شاء منهما ، وقيل : يطالبهما معاً بالاشتراك وبالانفراد .

٢٧٤ ـ ومن أحكام الكفالة حق الكفيل بالرجوع على الأصيل بما أدى عنه على النحو الذي سنبينه في الفصل السادس .

* * *

الفصل الخامس

انتهاء الكفالة

٢٧٥ – أولاً – عند الحنفية .

تنتهي الكفالة بأداء المكفول به إلى المكفول له من قبل الأصيل أو الكفيل سواء كان المكفول به مالاً أو نفساً أو فعلاً ، لأنه بهذا الأداء يحصل مقصود الكفالة وهو الأداء فتسقط وسيلته وهي حق المطالبة فتنتهي الكفالة . وإذا تعدد الكفلاء بالمال وأداه أحدهم برىء الجميع ، وكذلك الحكم لو كفل جماعة بنفس رجل كفالة واحدة فأحضره أحدهم برئوا جميعاً ، ولكن إذا كانت كفالتهم متفرقة وأحضره أحدهم لم يبرأ الباقون لأن الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو إحضار المكفول به وقد حصل ذلك بواحد منهم ، والداخل تحت الكفالات المتفرقة أفعال متفرقة فلا يحصل بإحضار واحد منهم إلا براءة حقه دون الباقين .

هذا وإن تسليم الكفيل نفس المكفول به في الموعد المحدد براءة له من الكفالة سواء قبله المكفول له أم لم يقبله ، لأن الكفيل يبرأ بإيفاء عين ما التزم به فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون إذا جاء بالدين ووضعه بين يدي الطالب . وإذا سلمه قبل الموعد المحدد كان تسليمه صحيحاً ويبرأ أيضاً من الكفالة ولو لم يقبله المكفول له . ويعلل الحنفية هذا الحكم بأن الأجل حق الكفيل فله أن يسقطه كما

في الدين المؤجل إذا أراد المدين أو الكفيل إيفاءه قبل حلول الأجل لزم الدائن قبوله .

٢٧٦ ــ وتنتهي الكفالة أيضاً بالهبة ، فإذا وهب الدائن الدين إلى الكفيل أو إلى الأصيل انتهت الكفالة لأن الهبة هنا كأداء الدين إلى الدائن من جهة سقوطه عن الأصيل وبالتالي سقوط المطالبة عن الكفيل .

٢٧٧ ــ وتنتهي بالإبراء وبما هو في معناه ، فإذا أبرأ الدائن الكفيل أو الأصيل ، غير أنه إذا أبرأ الكفيل لايبرأ الأصيل ، وإذا أبرأ الأصيل ، بريء الكفيل لأن الدين على الأصيل ، أما الكفيل فعليه حق المطالبة فكان إبراء الأصيل إسقاطاً للدين ، فإذا سقط سقطت المطالبة عن الكفيل لأن المطالبة تتبع الدين وهي فرع له فإذا سقط الأصل سقط الفرع[119] . أما إبراء الكفيل فإنه في الحقيقة إبراء عن المطالبة لا عن الدين ، إذ لا دين عليه ، وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصل . هذا ، ويلاحظ هنا أن إبراء الأصيل من الدين يرتد بالرد كما ترتد هبته له أو التصدق به عليه ، أما إبراء الكفيل من الدين فإنه لايرتد بالرد لأن الإبراء في حق الكفيل إسقاط محض لاتمليك ، ولكن لو قال الدائن للكفيل : برئت إليّ من الدين ، كان هذا منه إقراراً بالقبض والاستيفاء وبالتالي يبرأ الاثنان الأصيل والكفيل لأن استيفاء الدين يوجب براءتهما جميعاً .

---

(١١٩) ويستثنى من ذلك الكفالة من غير أمر المدين إذا حلف الأصيل على أنه ليس مديناً أو كان عليه دين وأقام البينة على أنه أوفاه قبل الكفالة فإن براءة الأصيل من الدين لاتوجب براءة الكفيل منه لأن الحلف يفيد براءة الحالف فقط والكفيل يؤاخذ بإقراره السابق .

٢٧٨ — والإبراء كما يكون في كفالة المال يكون أيضاً في كفالة النفس ، فإذا أبرأ الدائن الكفيل من الكفالة بالنفس خرج من الكفالة لأن حكم الكفالة بالنفس هو حق المطالبة بتسليم النفس وقد أسقط المطالبة عنه بالابراء فينتهي الحق بالضرورة ، ولا يكون هذا الإبراء للأصيل ، ولكن لو أبرأ الأصيل برىء الاثنان ، لأن الكفالة كانت بمضمون على الأصيل وقد بطل بالإبراء فتبطل الكفالة .

٢٧٩ — وتنتهي الكفالة بالصلح ، بأن يصالح الكفيل الدائن على بعض المكفول به لأن الصلح على جنس المكفول به إسقاط لبعض الحق فكان فيه معنى الابراء[١٢٠] . وإذا كان الصلح على خلاف جنس المكفول به فإنه في هذه الحالة يعتبر معاوضة فيكون في معنى الأداء ، والأداء ينهي الكفالة .

ويلاحظ هنا أن الصلح على مال على أن يبرئه من الكفالة بالنفس لايجوز ولا يلزم بدل الصلح .

٢٨٠ — وفي الكفالة بشرط الأداء من مال معين سواء كان للأصيل وهو مودع عند الكفيل والكفالة بأمر المدين ، أو كفل على أن يكون الإيفاء من مال معين من أموال الكفيل ، إذا هلك مال الوديعة في الحالة الأولى ، أو مال الكفيل في الحالة الثانية ، سقطت الكفالة .

٢٨١ — وتنتهي بالحوالة ، فلو احتال الكفيل المكفول له على أحد وقبل المكفول له والمحال عليه برىء الكفيل والمكفول عنه أيضاً ،

---

(١٢٠) ويلاحظ هنا أن الكفيل والمدين يبرآن إذا شرط ذلك في عقد الصلح أو شرط براءة الأصيل وحده أو لم يشرط شيئاً فإن اشترطت براءة الكفيل وحده برىء هو دون المدين وكان للدائن أخذ الدين كله من المدين أو أخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من المدين .

وانتهت الكفالة ، ولكن لو اشترط الكفيل في هذه الحالة براءة نفسه فقط برىء وحده دون الأصيل ، وللدائن مطالبة الأصيل أو المحال عليه .

٢٨٢ — وتنتهي بسقوط الدين كما لو كفل بثمن المبيع وانفسخ البيع بخيار رؤية أو بشرط الخيار أو باستحقاق المبيع أو برده بالعيب، برىء الكفيل من الكفالة ، لأنه بالاستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشتري ، وفي الانفساخ بسبب الخيار أو الرد بالعيب وجد المسقط للدين فتسقط المطالبة وتنتهي الكفالة .

٢٨٣ — وتنتهي بالموت ، فإذا كانت الكفالة بالمال ، ومات الكفيل انتهت الكفالة في حق نفسه لأنه لايمكن أن يطالب الميت، ولكن المكفول به يستوفى من تركته ، ولورثته حق الرجوع على الأصيل إن كانت الكفالة بإذن المكفول عنه . وإذا مات المكفول له قام وارثه مقامه وبقيت الكفالة في حق الكفيل . وإذا مات الأصيل بقيت الكفالة في حق الكفيل ، فإن كان الأصيل قد ترك مالاً استوفي الدين منه وبالتالي يبرأ الكفيل من الكفالة ، وإذا مات مفلساً بقيت الكفالة في حق الكفيل حتى يستوفي الدين منه . وإذا مات الدائن وانحصرت وراثته في المدين برىء الكفيل الكفالة لأن المدين صار مالكاً لدين نفسه فيبرأ بالضرورة ولأنه لايجوز أن يكون مكفولاً له وعنه في وقت واحد وبدين واحد ، وبراءة الأصيل موجبة لبراءة الكفيل فتنتهي الكفالة . ولكن لو كان هناك وارث آخر برىء الكفيل من حصة المدين فقط .

وفي الكفالة بالنفس تنتهي بموت المكفول به لأنه في هذه الحالة يعجز عن إحضاره ، ولأن الحضور سقط عن الأصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل فتنتهي الكفالة . وكذلك إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه ، وماله أي مال الكفيل لا يصلح لإيفاء هذا الواجب الذي هو إحضار نفس المكفول ، ولا يتعلق الدين في هذه

الحالة بتركة الكفيل لأنه لم يكفل الدين وإنما كفل نفس المدين • ولكن لاتنتهي الكفالة بموت المكفول له ، فللوصي أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول فإن لم يكن وصي فلوارثه لقيامه مقام الميت •

٢٨٤ ــ انتهاء الكفالة عند الحنابلة والشافعية

تنتهي الكفالة بأداء المكفول به إلى الدائن سواء كان الأداء من الأصيل أو من الكفيل لأن الحق واحد فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن زال تعلقه بالرهن • وتنتهي أيضاً بالابراء ، فإذا أبرأ المضمون له المدين الأصيل برىء الجميع ، الأصيل والضامن واحداً كان أو أكثر ، ولكن لو أبرأ الضامن لم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلا يبرأ بابراء التبع ، ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الأصيل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء الدين منه • وفي الكفالة بالنفس إذا حضر المكفول به بنفسه وسلم نفسه برىء الكفيل • وتنتهي أيضاً بموت المكفول به في الكفالة بالنفس ، ولا يلزم الكفيل بشيء لأن الحضور سقط عن المكفول به فيبرىء الكفيل كما لو برىء من الدين ، ولأن ما التزمه عن الأصيل سقط عن الأصيل فيبرأ الفرع ، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين أو أبرىء منه • وما قلناه هو مذهب الحنابلة والشافعية •

٢٨٥ ــ وعند الشيعة الامامية ينتهي الضمان بأداء المضمون أو بابراء الدائن للضامن ، أما لو أبرأ المضمون عنه فلا يبرأ الضامن من الضمان لأن الدين انتقل إلى ذمة الضامن فلا يصادف إبراء المضمون له ديناً في ذمة الأصيل • ولكن في الكفالة بالنفس تنتهي بإبراء المكفول له للكفيل أو للمكفول • وتنتهي بتسليم المكفول به نفسه عن جهة الكفيل لأنه يكون نائباً عن الكفيل بهذا التسليم ، وقال بعضهم : لايشترط التسليم من جهة الكفيل لأن المقصود رده إلى المكفول فلا

فرق بين حصوله في يده بالكفيل أو بنفسه ، إلا أنـه لا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبة مانعة تمنع المكفول له من تسلم المكفول به، كما لا تنتهي بتسليمه قبل الأجل أو في غير المكان المعين وإن انتفى الضرر من تسلمه على رأي ، وقال بعضهم : إذا لم يكن عليه ضرر من تسلمه فعليه تسلمه وفي هذه الحالة تنتهي الكفالة •

٢٨٦ ــ وعند المالكيــة

تنتهي الكفالة ، كما تنتهي عند غيرهم ، بالأداء من الأصيل أو من الكفيل ، كما تنتهي بالإبراء ، كما لو أبرأ الدائن الأصيل من الدين أو وهبه له • وتنتهي إذا مات المدين الأصيل والدائن وارثه فإن الضامن يبرأ لأن مطالبته به فرع ثبوت الدين على الأصيل ، فإذا سقط الدين عن الأصيل سقط عن الفرع بالضرورة • وإذا مات الضامن قبل حلول أجل الدين انتهى ضمانه في حق نفسه وخير الدائن بين بقائه إلى حين حلول الأجل وعند ذلك يطالب الأصيل ، وبين أن يتعجل دينه فيأخذه من تركة الضامن ولو كان الأصيل حاضراً مليئاً •

٢٨٧ ــ القانون المدني العراقي :

نص القانون المدني العراقي على أن الكفالة تنتهي بأداء الدين سواء كان الأداء من الأصيل أو من الكفيل فقد جاء في المادة (١٠٤٠) : «أداء المدين ، أو الكفيل ، أو كفيل الكفيل الدين المكفول به يوجب براءة المدين والكفيل وكفيل الكفيل » وكذلك نص على انتهائها بالإبراء فقد جاء في المادة (١٠٤١) :« إبراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل• ولكن ابراءه الكفيل لا يوجب براءة المدين» (وتنتهي أيضاً بموت الدائن وانحصار وراثته في المدين فقد جاء في المادة ١٠٤٢):« إذا مات المكفول له وانحصر ميراثه في المدين برىء كفيله من الكفالة ، فإن كان له وارث آخر ، برىء الكفيل من حصة المدين لا من حصة الوارث الآخر» •وتنتهي

أيضاً بالحوالة فقد جاء في المادة (١٠٤٣) : ١ – « إحالة المدين أو كفيله الدائن بالدين المكفول به على آخر حوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه توجب براءة الأصيل والكفيل معاً ٢ – وإذا شرط الكفيل في حوالته براءة نفسه فقط برىء وحده دون الأصيل » • وتنتهي أيضاً بالصلح فقد جاء في المادة (١٠٤٤) : «إذا صالح الكفيل أو المدين الدائن على مقدار من الدين فإنهما يبرآن إن اشترطت براءتهما أو براءة المدين وحده أو لم يشترط شيء • فإن اشترطت براءة الكفيل دون المدين برىء الكفيل وحده وكان الدائن مخيراً إن شاء أخذ جميع دينه من المدين وإن شاء أخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من المدين » وتنتهي بمضي مدة الكفالة في الكفالة المؤقتة فقد جاء في المادة ١٠٤٦ » : « لا يطالب الكفيل في الكفالة المؤقتة إلا في مدة الكفالة فإذا انقضت هذه المدة برئت ذمة الكفيل » • وإذا مات الكفيل بالمال انتهت كفالته في حق نفسه واستوفي الدين من تركته ، فقد جاءت المادة (١٠٤٧) : « إذا مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته» • ويلاحظ من هذه المواد في القانون المدني العراقي أنها مقتبسة من الفقه الاسلامي لاسيما الفقه الحنفي •

* * *

الفصل السادس

رجوع الكفيل على المكفول عنه

تمهيـــد

٢٨٨ ــ قلنا : إن من أحكام الكفالة ثبوت حق الرجوع للكفيل ، بمعنى أن له أن يرجع بما أداه بموجب كفالته على المكفول عنه فيستوفيه منه ، ولما كان هذا الرجوع يتم بعد أداء المكفول بــه الذي به تنتهي الكفالة وينتهي الغرض منها ، فقد فضلنا تأخير بحث حق الرجوع هذا إلى هذا الفصل • وحق الرجوع هذا له شروط لابد من توافرها حتى يثبت للكفيل ، كما أن ما يرجع به يحتاج إلى شيء من البيان والتفصيل وهذا ما نبينه فيما يلي :

المذهب الحنفي

٢٨٩ ــ شروط حق الرجوع :

يشترط لرجوع الكفيل على المكفول عنه الشروط التالية :

أولاً ــ **أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه** بشرط أن يكون المكفول عنه ممن يجوز إقراره على نفسه بالدين • وعلى هذا لو كفل عن الصبي المحجور بإذنه فأدى الكفيل لايرجع لأن اذن الصبي أو أمره بالكفالة لايعتبر ولا يثبت به حق الرجوع للكفيل ، وتعليل ذلك أن الكفالة بالأمر في حق المكفول عنــه استقراض ، واستقراض الصبي المحجور لايتعلق به الضمان • أما أمر ولي الصغير أو وصيه فإنه معتبر

وموجب للرجوع • فإذا كفل بغير إذن معتبر كان تبرعاً فلا يثبت لـه حق الرجوع •

ثانياً — أن يضيف المكفول عنه الضمـان إلى نفسه عند إذنه أو أمره للكفيـل ليكفل عنه ، بأن يقول : اضمن عني • أمـا لو قال : اضمن كذا ولم يضف الضمان إلى نفسه فإنه لايرجع لأنه في هذه الحالة لاتقع الكفالة إقراضاً له فلا يرجع عليه •

ثالثاً — أن يؤدي الكفيل الدين إلى الدائن ، فلا يملك الرجوع قبل الأداء ، لأن معنى الإقراض والتمليك لايتحقق إلا بأداء المال فلايملك الرجوع قبله • ولكن يلاحظ هنا أن الكفيل إذا أدى الدين قبل أجله أو حلّ الدين بموته فأداه ورثته من التركة فإن حق الرجوع للكفيـل أو الورثة لايثبت إلا عند حلول أجل الدين على الأصيل ، لأن الكفيل لا يجب له أكثر مما كان للدائن وهو استيفاؤه عند حلول الأجل •ومثل الأداء في ثبوت حق الرجوع هبة الدين ،فإذا وهب الدائن الدين للكفيل رجع به على الأصيل لأن الهبة في معنى الأداء لأنه لما وهبه له فقد ملك ما في ذمة الأصيل وهو الدين فيرجع عليه به كما لو ملكه بالأداء • وكذلك إذا مات الطالب أي الدائن فورثه الكفيل رجع على الأصيل بخلاف ما لو ورثه الأصيل فإن الكفيل يبرأ من الكفالة ، لأن الإرث من أسباب الملك ، فإذا ملكه الأصيل برىء هو والكفيل ، وإذا ملكه الكفيل قـام مقام الدائن فيرجع به على الأصيل • ولكن لو أبرأ الدائن الكفيـل لايرجع على الأصيل لأن الإبراء إسقاط وهو في حق الكفيـل إسقاط المطالبة فقط فلم يكن فيه معنى تمليك الدين فلا يرجع على الأصيـل حتى لو كانت الكفالة بأمره لأن الأصيل لايستفيد من هـذا الابراء شيئاً ولا ينقضي دينه ، إلا أنه إذا أبرأ الدائن الكفيل ابراء استيفـاء رجع على الأصيل •

رابعاً — أن لايكون للأصيل على الكفيل دين مثله ، فإذا كان فلا يرجع لأنه إذا أدى الدين التقى الدينان قصاصاً •

٢٩٠ — بم يرجع الكفيـل ؟

إذا أدى الكفيل ما ضمنه عن المكفول عنه رجع عليه بما أداه ، كما لو كفله بألف دينار وأدى ألف دينار رجع عليه بهذا المقدار ، أما إذا أدى خلاف ماضمنه ، كما لو ضمنه بألف دينار ذهبـاً فأدى ألف دينار بالأوراق النقدية أو بالعملة الفضية رجع بما كفل به وهو الألف دينار ذهباً لا بما أدى من أوراق نقدية أو عملة فضية ، لأن رجوعه يتم بحكم الكفالة ، وحكمها ملك الدين بالأداء ، فيصير بهذا الأداء كما لو ملك الدين بالإرث أو الهبة فينزل منزلة الدائن فيرجع بنفس الدين •

٢٩١ — وإذا صالح الكفيل الدائن عن دينه بجزء منه كما لـو كان ألف دينار فصالحه عنه على خمسمائة دينار فإن الكفيل يرجع بما أدى وهو الخمسمائة دينار ولا يرجع بما ضمن وهو ألف دينار ، لأن هذا الصلح إسقاط أو إبراء على بعض الدين فصار كما لو أبرأ الكفيل عن خمسمائة دينار وأخذ منه خمسمائة فإنه في هذه الحالة لا يرجـع على المكفول عنه إلا بخمسمائة فكذلك إذا صالحه بهذه الكيفيـة • ولكن لو شرط الكفيل في صلحه براءته وبراءة الأصيـل ، برئا عن الخمسمائة وكذلك إذا شرط براءة الأصيل أو سكت ولم يذكر شرطاً ، ولكن لو شرط الكفيل براءة نفسه فقط برىء وحده عن الخمسمائة ، وتبقى الألف بتمامها على الأصيل فيرجع الكفيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره ، ويرجع الدائن بخمسمائة • ولو صالحه على خمسمائة على أن يهب له الباقي فإنه يرجع بالألف •

٢٩٢ — ولو صالح الكفيل الدائن بجنس آخر رجع على الأصيل بكل الدين لأن الصلح بجنس آخر يعتبر مبادلة مالية يملك بها الكفيل

الدين فيرجع به كله على الأصيل • ووجه الفرق بين الصلح على جنس الدين وعلى غير جنسه ، أنه في الحالة الأولى لم يملك الكفيل الدين في ذمة الأصيل كما لو صالحه على خمسمائة عن دينه الألف لأنه لايمكن إيقاع الصلح تمليكاً لأنه يؤدي إلى الربا ، فيعتبر الصلح في هذه الحالة إسقاطاً لبعض الحق ، والساقط لا يحتمل الرجوع به • أما في الحالة الثانية ، كما لو صالحه عن الدين الذي هو ألف دينار على مقدار من حنطة أو عدد من ثياب ، فهذا الصلح يعتبر مبادلة فيملك بها الدين كما قلنا فيرجع به •

٢٩٣ ـ نفقات تنفيذ الكفالة : ويرجع الكفيل ، حيث يكون له الرجوع بنفقات تنفيذ الكفالة كما لو كفل برد المال المغصوب أو المستعار وتسليمه إلى صاحبه ، فيرجع الكفيل بأجر المثل لما قام به من نقل وتسليم إلى المكفول له •

مذهب الحنابلة

٢٩٤ ـ قالوا : إذا أدى الضامن الدين تبرعاً به غير ناوٍ للرجوع به فلا يرجع بشيء لأنه يتطوع بذلك فأشبه الصدقة سواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، أما إذا أدى الدين بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال :

الحالة الأولى ـ أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فإنه يرجع عليه سواء قال له : اضمن عني أو أدّ عني ، أو أطلق ولم يضف الضمان إلى نفسه •

الحالة الثانية ـ ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع ، لأن إذنه في الضمان يتضمن إذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فيرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً •

الحالة الثالثة — ضمن بغير أمره وأدى بأمره فله الرجوع أيضاً لأنه إذا أدى دينه بأمره فيرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره ، ولا يقال : إن إذنه في الأداء ينصرف إلى ما وجب بضمانه ، لأننا نقول إن الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر ، فمن أداه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله .

الحالة الرابعة — ضمن بغير أمره وأدى بغير أمره ، ففيه روايتان إحداهما يرجع بما أدى ، والثانية لايرجع بشيء . وجه الرواية الأولى أنه أداء مبرىء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه . ووجه الرواية الثانية حديث علي وأبي قتادة فإنهما ضمنا دين الميت ، ولو كانا يستحقان الرجوع على الميت لأصبح الدين لهما ، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كانشغالها بدين المضمون له ، ولما صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأن الضامن في هذه الحالة تبرع بذلك فأشبه ما لو علف دوابه بغير أمره . وقد ردّ صاحب المغني الحنبلي على حجة الرواية الثانية بأن علياً وأبا قتادة تبرعا بالأداء والضمان ، فإنهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته من الدين ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما بأنه لم يترك وفاء ، والمتبرع لايرجع بشيء ، والخلاف في المحتسب بالرجوع .

بم يرجع

٢٩٥ — يرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين : مما أدى قدر الدين ، لأنه إن كان الأقل هو الدين فالزائد لم يكن واجباً فهو تبرع بأدائه ، وإن كان المقضي أقل فإنما يرجع بما غرم ، ولهذا لو ابرأه الدائن لم يرجع بشيء . وإذا أداه عوضاً رجع بالأقل من قيمة العوض وقدر الدين . وإذا أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه ويرجع

بالأقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الدائن من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لأن نفس الحوالة كالإقباض .

مذهب الشافعية

٢٩٦ — إذا ضمن بالإذن رجع مطلقاً ، وإن ضمن بغير إذن لم يرجع مطلقاً ، وإن ضمن بغير إذن وأذن له بالأداء بشرط الرجوع رجع . وتفصيل هذه الجملة أن الضامن إذا قضى الدين نظرنا ، فإن ضمن بإذن المضمون عنه وأدى بإذنه رجع عليه لأنه أذن له في الضمان والقضاء . وإن ضمن بغير إذنه ، وأدى بغير إذنه لم يرجع ، لأنه تبرع بالقضاء فلم يرجع كما يدل عليه حديث أبي قتادة وفيه « الآن بردت عليه جلدته » ولو كان له الرجوع لما بردت عليه جلدته ، ولأنه كما لو علف دوابه بغير إذنه . وإذا ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه ففيه وجهان ، فبعض الشافعية قال بالرجوع لأنه قضى بإذنه . والثاني لا يرجع وهو المذهب لأنه لزمه بغير إذنه فلم يؤثر إذنه في الأداء ، وإن أمره بالأداء انصرف أمره إلى ما وجب عليه الضمان . وإذا ضمن بإذنه وقضى بغير إذنه فالمنصوص عليه في المذهب أنه يرجع عليه لأنه انشغلت ذمته بالدين بإذنه فاذا استوفي منه رجع ، وقال بعضهم إن أمكنه أن يستأذنه لم يرجع لأنه قضاه باختياره ، وإن لم يمكنه رجع لأنه قضاه بغير اختياره . وإن أحاله الضامن على رجل له عليه دين برئت ذمة المضمون عنه لأن الحوالة بيع فصار كما لو أعطاه عن الدين عوضاً ويرجع الضامن على المضمون عنه في الحال لأن الحوالة كالقبض . وإن أحاله على من لا دين له عليه وقبل المحال عليه ، وقلنا : يصح ، برىء الضامن لأن بالحوالة تحول ما ضمن ، ولا يرجع على المضمون عنه لأنه لم يغرم ، فإن قبضه منه وهبه له فهل يرجع على الضامن ؟ فيه وجهان .

بم يرجع

٢٩٧ — يرجع الضامن بما أدى إن كان ما أداه هو ما ضمنه ،

ولو أدى إلى الدائن جنساً آخر كأن يعطيه ثوباً عن دينه رجع بالأقل من قيمة الثوب أو قدر الدين لأنه إذا كان قيمة ما دفعه أقل من الدين فالزائد لم يغرمه ، وإن كان قيمة ما دفعه أكثر من الدين فالزائد تبرع به . ولو تعجل الأداء لم يرجع قبل حلول الأجل .

مذهب المالكية

٢٩٨ ــ قالوا : يرجع الضامن على المضمون عنه ، سواء كان ضمانه عنه بإذنه أو بغير إذنه حتى لو أدى على صغير بغير إذن وليه فله أن يرجع به في مال الصغير . ولا رجوع له إذا ضمن عن ميت لم يترك وفاء لدينه حتى لو طرأ للميت مال .

بم يرجع

٢٩٩ ــ ويرجع الضامن على الأصيل بما أدى عنه ، أي : بمثله إن كان مثلياً وبمثل المتقوم لابقيمته إذا كان المتقوم الذي دفعه من جنس الدين ، كما لو كان الدين خمسة أثواب فأداها الضامن أثواباً رجع بمثلها لا بقيمتها ، فإن كان من غير جنسه فإنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة المتقوم كما لو كان الدين خمسة دنانير ودفع الضامن خمسة أثواب ، وهذا إذا لم يشتر الضامن ذلك المقوم الذي دفعه بأن كان عنده في ملكه ودفعه للدائن . أما لو اشتراه فإنه يرجع بثمنه اتفاقاً ما لم يحاب في الثمن ، فإن كان في شرائه محاباة كما لو كانت قيمته عشرة فاشتراه بعشرين رجع بالعشرة .

وإذا صالح الدائن رجع الضامن على المدين بالأقل من الدين وبدل الصلح ..

٣٠٠ ــ عند الشيعة

قالوا : إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه وأدى بغير إذنه لم يرجع . وإذا ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه لا يرجع أيضاً .

وإذا ضمن بإذنه وأدى بإذنه ، أو ضمن بإذنه ، وأدى بغير إذنه ، كان له حق الرجوع • ولا فرق في ذلك بين أن يقول المضمون عنه : اضمن عني أو قال : اضمن •

٣٠١ — ويرجع الضامن بأقل الأمرين : من الحق المضمون وما أداه • وكذلك يرجع بالأقل من الدين أو بدل الصلح •

عند الظاهرية

٣٠٢ — قالوا : لايرجع الضامن على المضمون عنه ولا على ورثته بشيء سواء كان ضمانه بإذنه أو بغير إذنه • وله الرجوع في حالة واحدة فقط هي لو قال له : اضمن عني مالهذا علي فإذا أديت عني فهو دين لك • فهنا يرجع عليه بما أدى عنه لأنه استقرضه ما أدى عنه ، فهو قرض صحيح •

القانون المدني العراقي

٣٠٣ — أخذ القانون المدني العراقي بقول المالكية في مسألة الرجوع ، فللكفيل حق الرجوع بما أدى سواء كانت كفالته بأمر المدين أم بغير إذنه وأمره ، فقد جاء في المادة (١٠٣٣) :

١ — « إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله فله الرجوع بما أدى على المدين ٢ — ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره »•ويرجع الضامن بما كفله إذا أدى للدائن عوضاً بدلاً عن الدين ، ولكن لو صالحه على جزء من الدين رجع ببدل الصلح لا بكل الدين فقد جاء في المادة(١٠٣٤): « إذا أدى الكفيل للدائن عوضاً بدل الدين يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه • أما إذا صالح الدائن على مقدار من الدين فإنه يرجع ببدل الصلح لا بجميع الدين » •

ويرجع الكفيل بنفقات تنفيذ الكفالة كما جاء في المادة (١٠٣٨) :
« يرجع الكفيل على المدين بما يضطر إلى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة»
وهذا شبيه بما ذكرناه عن الفقه الحنفي من أن الكفيل يرجع بنفقات تنفيذ الكفالة كأجر مثل نقل المغصوب أو المستعار ورده إلى صاحبه إذا كانت كفالته بالتسليم • إلا أن القانون المدني العراقي نص ّ في المادة (١٠١٥) على : « تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار الكفيل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » ومعنى ذلك أن فوائد الدين يلزم بها الكفيل وأنه إذا أداها يرجع بها على المدين • وواضح أن هذا الحكم غير جائز في الفقه الاسلامي • أما مصروفات المطالبة التي يتحملها الدائن ويستوفيها مع الدين من الكفيل ، فإن الكفيل يرجع بها على المدين بمقتضى القانون العراقي ، ويبدو أن رجوعه هذا بهذه المصاريف يجد له مساغاً في الفقه الاسلامي قياساً على ما ذكره الحنفية في رجوعه بنفقات تنفيذ الكفالة التي يرجع بها الكفيل •

* * *

الباب الثاني

الفصل الأول

الحوالة
في تعريفها ومشروعيتها وركنها

تمهيد

٣٠٤ ـ الحوالة كالكفالة من حيث إنها عقد التزام ما على الأصيل للتوثق ، إلا أن الحوالة تتضمن براءة الأصيل ولو إبراء مقيداً على رأي بعض الفقهاء كما سنبينه، بخلاف الكفالة إذ أنها لا تتضمن براءة الأصيل •

معنى الحوالة في اللغة :

٣٠٥ ـ الحوالة في اللغة تعني النقل والتحويل ، أي : نقل الشيء من محل إلى محل ، فيقال : حولته تحويلاً ، أي : نقلته من موضع إلى موضع •

والحوالة في استعمال الفقهاء تعني نقل الحق ، فيقال : أحلته بدين أي نقلته من ذمة إلى ذمة أخرى • ويقال : أحلت فلاناً بدينه على زيد فاحتال أي قبل ، فأنا محيل ، وفلان محال أو محتال أو محال له أو محتال له ، والدين محال به ، وزيد محال عليه أو محتال عليه • فالمحيل

هو المدين ، والمحال أو المحتال هو رب الدين أي الدائن ، والمحـال عليه أو المحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحال له ، والمحال به هو الدين .

٣٠٦ ــ تعريفها في الاصطلاح الفقهي :

وفي ضوء ماتقدم في معنى الحوالة في اللغة واستعمال الفقهاء ، جاءت تعاريف الفقهاء للحوالة فعند الحنفية . على رأي أبي يوسف ، تعني نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحـال عليه . وعند الإمـام محمد بن الحسن الشيباني تعني نقل المطالبة لأصل الدين . وقد قـال صاحب فتح القدير الحنفي : إن المذهب في الحوالة أنها تنقل الدين من ذمة المحيل إلى المحال عليه لا المطالبة فقط .

أما تعاريف الفقهاء الآخرين من المذاهب الأخرى ، فهي توافق تعريف أبي يوسف ، فعندهم : الحوالة تحويل أو نقل الدين من ذمـة المحيل إلى المحال عليه على وجه يبرأ معه المحيل ، فتعاريفهم كلها تدور حول هذا المعنى وهو نقل الدين لا المطالبة . وهذا هو الراجح ، ومن الحجة لهذا التعريف أن المحال له لو أبرأ المحال عليه من الدين أو وهبه منه صح الإبراء والهبة ، ولو أبرأ المحيل أو وهبه لم يصح ، وهذا آية انتقال الدين وتحوله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . ولو لم ينتقل الدين لما صح الإبراء ولا صحت الهبة بالنسبة إلى المحال عليه ولصح بالنسبة للمحيل .

٣٠٧ ــ تكييف الحوالـة :

وإذا كانت الحوالة تعني نقـل الدين ، فما تكييف هذا النقل ؟ ذهب رأي إلى أن الحوالة بيع دين بدين ، جازت على وجه الرخصـة والاستثناء لحاجة الناس إليها . وبهذا الرأي قال المالكية والشافعية

على القول الأصح عندهم . وإن قال بعض هؤلاء : إنها استيفاء حق أو إسقاطه بعوض أو بيع عين بدين . وعند الحنفية ، الحوالة فيها معنى المعاوضة والمبادلة . وعند الشيعة الإمامية أقوال فبعضهم قال : هي استيفاء حق ، فكأن المحيل أوفى حقه للمحتال وأن المحال عليه استقرض من المحتال ما أوفاه المحيل أي ما أحاله به . وقال آخرون : إنها اعتياض ومبادلة ، فكأن المحيل أعطى المحال عوضاً عن دينه وهو ماله في ذمة المحال عليه . وقال آخرون منهم : إنها عقد منفرد قائم بنفسه . وعند الحنابلة ، كما جاء في مغني ابن قدامة الحنبلي : انها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس محمولاً على غيره من العقود والتصرفات ، فليست هي بيعاً لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ، ولما جاز التفرق بين المحيل والمحال قبل القبض ، لأنه بيع مال بجنسه فلا بد فيه من التقابض، ولجازت الحوالة بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كما هو جائز في عقود البيع ، ثم إن الحوالة لفظها ينبىء بالتحول لا بالبيع . والواقع أن القول بأن الحوالة عقد قائم بنفسه شرع لحاجة الناس لاينفي أن يكون له شبه بالبيع ولايشترط فيه أن يكون كالبيع المعهود فلا يرد عليه ماأورده ابن قدامة الحنبلي،ولهذا من قال:إنها بيع الدين،استدرك، وقال:جازت على وجه الرخصة والاستثناء ، كما أن في الحوالة معنى الاستيفاء .

دليل مشروعيتها :

٣٠٨ ـــ والحوالة بعد هذا جائزة في الشرع ، جاء في الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » وفي رواية لابن ماجه « مطل الغني ظلم ، ومن أحيل على مليءٍ فليتبع » . وجوازها إنما يكون في الديون الثابتة في الذمة دون الأعيان ، ووجه اختصاصها بالديون أن التحويل أو النقل

الذي تنبىء عنه حكمة الحوالة إنما هو نقل حكمي وليس بالنقل الحسي. ومثل هذا النقل إنما يمكن أن يكون في الدين لأنه وصف شرعي في الذمة يظهر أثره عند المطالبة فجاز أن يعتبر الدين الثابت في ذمة منقولاً أو محولاً إلى ذمة أخرى ، أما العين المحسوسة الموجودة في مكان محسوس فلا يمكن اعتباره في محل آخر ليست فيه هذه العين ، لأن الحس يكذبه فلا يتحقق في العين إلا النقل الحسي .

٣٠٩ ــ ركن الحوالة وصيغتها :

تنعقد الحوالة بكل لفظ يدل على نقل الدين من ذمة إلى ذمة كأن يقول المحيل إلى دائنه : أحلتك على فلان. فيقول المحال والمحال عليه : قبلت . أما ركنها فهو الإيجاب والقبول ، الإيجاب من المحيل ، والقبول من المحال والمحال عليه . وإن كان في بعض صورها تنعقد بإيجاب وقبول من طرفين فقط من هذه الأطراف الثلاثة على رأي بعض الفقهاء كما سنبينه فيما بعد مع توجيه لهذا الرأي .

أما صيغتها فتكون بالألفاظ الدالة على الإيجاب والقبول من الطرفين ، أو بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو استشارة على النحو الذي بيناه في بحث الكفالة .

الفصل الثاني

شروط الحوالة وأنواعها

المبحث الأول

شروط الحوالة

٣١٠ — للحوالة شروط لا بد من توافرها فيها ليترتب عليها أثرها ، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالمحيل ، أو بالمحال له ، أو بالمحال عليه ، أو بالمحال به ، كما أن بعض هذه الشروط شروط للانعقاد ، ومنها شروط للصحة أو للنفاذ . فلا بد من الكلام عن هذه الشروط .

أولاً — شروط المحيل .

٣١١ — يشترط في المحيل أن يكون عاقلاً فلا تنعقد الحوالة بعبارة مجنون ولا صبي لا يعقل ، أما البلوغ فهو شرط نفاذ لا شرط انعقاد ، فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة وليه كالبيع لأن فيها معنى المبادلة . وقد اعترض على شرط العقل بأن البعض قال: رضى المحيل ليس شرطاً فما وجه اشتراط عقله إذن ؟ وأجيب بأن شرط العقل هنا إنما هو في الحوالة التي تقع بإيجاب المحيل ، أي بإحالته فلا بد إذن من شرط العقل حتى يعقد بإيجابه . واعترض أيضاً على شرط البلوغ بأن الحوالة نفع محض للمحيل ، فما وجه اشتراط البلوغ حتى لو قلنا بأنه شرط نفاذ ؟ وأجيب بأن هذا الشرط يفيد في ثبوت حق الرجوع للمحال عليه على المحيل ، فإن لم يكن المحيل بالغاً فليس للمحال عليه حق الرجوع على المحيل .

ويشترط أيضاً في المحيل أن يكون مديناً للمحال له ، فإذا أحال من ليس عليه دين على من له عليه دين فهذه المعاملة في الحقيقة ليست حوالة بل وكالة بقبض الدين(١٢١) . أما صحة المحيل وعدم مرضه فليس شرطاً فتصح حوالة المريض مرض الموت كما تصح حوالة الصحيح .

٣١٢ ــ أما رضى المحيل ، فقد اختلف فقهاء الحنفية في اشتراطه لصحة عقد الحوالة ، كما لو عقدت على المحال له والمحال عليه ، فهل تعتبر هذه الحوالة ولو لم يعلم بها المحيل ولم يرض بها أم لا ؟ قولان عند الحنفية :

القول الأول : رضى المحيل شرط ، ولكن القائلين باشتراطه اختلفوا في تكييف هذه الشروط ومدى تأثيره في صحة الحوالة ، على ثلاثة آراء :

الرأي الأول : أنه شرط مطلق لابد منه لصحة الحوالة ، ووجهة هذا الرأي أن ذوي المروءات لايرضون أن يفي غيرهم بديونهم بلا رضاهم .

الرأي الثاني : هذا الشرط لأجل إمكان رجوع المحال عليه على المحيل ، وليس لأجل صحة عقد الحوالة ذاته ، فالحوالة بدونه صحيحة ، ولكن لارجوع للمحال عليه على المحيل بدونه .

الرأي الثالث : هذا الشرط يجري فقط في الحوالة المقيدة أي التي يتقيد فيها الإيفاء من مال معين للمحيل عند المحال عليه ، لأن حق مطالبة المحيل بحقه من المحال عليه تنقطع لسبب هذه الحوالة فلا بد من هذا الشرط لقطع هذه المطالبة وبدونه لاتنقطع .

---

(١٢١) وتعليل ذلك أن الحوالة مأخوذة من التحول ، أي : تحول الحق وانتقاله ، ولا حق هنا في مسألتنا ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه ، وتحول ذلك إلى الوكيل كتحوله إلى المحال .

القول الثاني : رضى المحيل ليس بشرط لصحة الحوالة ، وحجة أصحاب هذا القول أن التزام المحال عليه بالدين إنما هو تصرف بحق نفسه ، وله الولاية عليه ، ولا يلحق بالمحيل أي ضرر ، بل إن فيه نفعاً عاجلاً للمحيل باندفاع المطالبة عنه في الحال ، وآجلا بعدم الرجوع عليه حيث لارجوع إلا بأمره ، ولا أمر له إذا انعقدت الحوالة بدون رضـــاه .

٣١٣ ـ والواقع أن الاختلاف بين أصحاب القولين لايرد على شيء واحد ، ذلك أن الحوالة إن كانت إحالة فإن رضى المحيل شرط باتفاق الحنفية ، وإن كانت احتيالاً ، أي ليست إحالة من المحيـــل ، وإنما هي اتفاق بين المحال عليه والمحال له ، فإن رضى المحيل ليـــس بشرط . وتوضيح ذلك أن الحوالة تبدأ تارة من المحيل ، وهذه إحالة ، وحيث إنها فعل اختياري فلا يتصور حصوله بدون الإرادة والرضى ، فوجه القول الأول هو هذا . وتارة تبدأ الحوالة من المحال عليه بأن يصدر الإيجاب منه ، ويصدر القبول من المحال له ، وهذا احتيال . وفي هذه الحالة لا بد من إرادة ورضى المحال عليه ولكن لاحاجةلرضى المحيل ولا يشترط لصحة الحوالة ، إذ أنها تتم بدون إرادته ورضاه ، وهذا هو وجه القول الثاني .

٣١٤ ـ إلا أن هناك حالة واحدة ينبغي أن يتفق عليها أصحاب القولين وهي فيما إذا كان للمحيل دين في ذمة المحال عليه ، وعقـــدت الحوالة بين المحال عليه والمحال له حوالة مقيدة بأن يعطي المحال عليـــه المحال به من المال الذي بذمته للمحيل ، فإن رضى المحيل في هذه الحالة شرط لصحة الحوالة لأن ثبوت الحوالة وصحتهايعني إسقاط حق المطالبة للمحيل على المحال عليه وهذا لايجوز بدون رضاه لأنه تصرف في حقه .

٣١٥ ـ وقال الحنابلة كما جاء في المغني : « ويشترط في صحتها رضي المحيل بلا خلاف» وكذلك قالت الشافعية ، وقول صاحب المغني

« بلا خلاف » إن أراد مطلقاً ، فالخلاف موجود إذ أن بعض الحنفية لايشترطون رضى المحيل كما بينا ، وإن أراد بقوله « بلا خلاف » عند الحنابلة، فهذا ممكن وهو أعرف بمذهب الحنابلة • ووجه قول الحنابلة أن الحق على المحيل ولا يتعين عليه جهة معينة لقضائه ، فله أن يوفيه من ماله أو من دينه على المحال عليه ، فالقول بعدم اشتراط رضاه تجاوز على حقه هذا فلا يجوز • والمالكية كالحنابلة اشترطوا رضى المحيل •

والراجح اشتراط رضى المحيل ، إذ الحوالة تنبيء عن إحالة المحيل المحال له بدينه الذي عليه — أي على المحيل — على المحال عليه • أما عقدها بين المحال عليه والمحال له ، فهذه المعاملة في الحقيقة عبارة عن التزام من المحال عليه بأداء الدين إلى المحال له ، وليست هي حوالة إلا على وجه المجاز لا الحقيقة •

٣١٦ — واشترط المالكية لصحة الحوالة ثبوت دين للمحيل في ذمة المحال عليه ، فإذا لم يكن كانت حمالة إن رضي بها المحال عليه ، ولا تعتبر حوالة وإن وقعت بلفظ الحوالة • ولهذا لو أفلس المحال عليه رجع المحال على المحيل إلا إذا علم المحال أنه لاشيء للمحيل على المحال عليه ويشترط بنفس الوقت براءته من الدين ، ففي هذه الحالة لارجوع له على المحيل ، وإن اعتبرت حمالة لأنه قد ترك حقه حيث رضي بالتحول على هذا الوجه • وعند الحنابلة أيضاً ، لاتعتبر حوالة ، لأن المحيل لادين له في ذمة المحال عليه • ومن ثم لايلزم المحال عليه الأداء•

وكذلك قال الشافعية ، فعندهم لاتجوز الحوالة إلا على من له عليه دين ، وعللوا ذلك بأن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة ، فإذا أحال من لادين له عليه كان ذلك بيع معدوم فلا يصح • ومنهم من قال: تصح إذا رضي المحال عليه لأنه ضمان دين يصح إذا كان عليه مثله فيصح وإن لم يكن عليه مثله كالضمان ، معنى هذا يطالب المحيل بتخليصه ، فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل وإن قضاه بغير إذنه لم

يرجع . ووجه تصحيح الحوالة على رأي هؤلاء ، بقبول المحال عليه ، هو أنه صار كأنه قال لصاحب الحق أي المحتال ــ : أسقط عن المحيل حقك وأبرئه وعلي عوضه ، ولو قال ذلك للزمه ما قال ، لأنه بهذا القول يكون قد استدعى إتلاف ملــك بلا حق ، فكذلك هذا مثله . وعند الحنفية لايشترط لصحة الحوالة أن يكون المحال عليه مديناً للمحيــل بمثل ما أحال به المحال ، فالحوالة صحيحة سواء كان مديناً للمحيل أو غير مدين ، وهذا أيضاً القول الأقرب عند الشيعة الإمامية .

ثانياً ــ شروط المحــال له .

٣١٧ ــ قال الحنفية : يشترط في المحال له العقل ، أما البلوغ فشرط للنفاذ وعلى هذا ينعقد احتيال الصبي موقوفاً على إجازة وليه إن كان المحال عليه أملأ من المحيل ، فإن لم يكن أملأ فلا اعتبار لإجازة الولي . أما حضور المحال له مجلس العقد ، فعند أبي يوسف ، ليس بشرط حتى لو أحال بدينه على فلان فبلغه الخبر فأجاز ، صح . ومعنى ذلك أن الحوالة تنعقد موقوفة على قبوله ورضاه ، وهذا إذا انعقدت بين المحيل والمحال عليه. وتعليل ذلك أن الذمم مختلفة والناس يختلفون في سهولة إيفاء الديون والمماطلة فيها مع قدرتهم على الإيفاء ، كما أن بعضهم لا قدرة له على الإيفاء ، فكان لابد من قبول ورضى المحال له . ولكن الإمام أبا حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن الشيباني ذهبا أبعد من ذلك فقالا : لابد من حضور المحال له مجلس العقد وقبوله فيه حتى تنعقد الحوالة،فإن لم يحضر،ثم علم بها وأجازها ، لم تنعقد ، لأنها وقعت باطلة فلا تفيدها الإجازة ، ولكن لو كان حاضراً مجلس العقد غــيره فقبلها فإنها تنعقد موقوفة على قبوله ورضاه .

٣١٨ ــ وذهب المالكية والشافعية والشيعة الإمامية إلى اشتراط رضى المحال له لصحة الحوالة ، وعلل الشافعية هذا الاشتراط بقولهم « لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجزء من غير رضى صاحب الحق كما لو أراد أن يعطيه بالدين عيناً » .

٣١٩ ــ أما الحنابلة ، فقد قال صاحب المغني « من أحيل بحقه على مليء فواجب عليه أن يحتال » ومن الواضح أن رضاه ليس بشرط لصحة الحوالة مادام القبول واجباً عليه ما دام المحال عليه مليئاً . ويعلل ابن قدامة الحنبلي ذلك : بأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله ، والمحيل بحوالته قد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحال القبول ، كما لو وكل رجلاً في إيفائه ، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عيناً لا أن يعطيه في هذه الحالة غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله . والظاهرية كالحنابلة في وجوب قبول المحال ما دام قد أحيل على مليء .

٣٢٠ ــ القول الراجح

والراجح في مسألة رضى المحال له أنه يندب للمحال له الرضى بالحوالة ما دام المحال عليه مليئاً ، والحديث الشريف الذي رواه البخاري وغيره واحتج به الحنابلة والظاهرية على وجوب القبول بالنسبة للمحال له ، محمول على الندب لأنه ــ كما يقول العسقلاني في شرحه لصحيح البخاري ــ راجع لمصلحة دنيوية فيكون أمر إرشاد، وإن كان ظاهر الحديث يدل على الأمر ، والحديث هو « مطل الغني ظلم ومن أتبع على مليء فليتبع » .

ثالثاً ــ شروط المحال عليه

٣٢١ ــ يشترط في المحال عليه .

عند الحنفية ، أن يكون عاقلاً بالغاً لاعتبار قوله وقبوله ، فإذا كان مجنوناً فلا اعتبار لقبوله ، وإن كان صبياً عاقلاً غير بالغ فكذلك ، لأن قبول الحوالة منه ضرر عليه لايملكه هو ولا وليه ، ووجه الضرر أن قبوله إن كان بلا أمر المحيل فتبرع ابتداء وانتهاء ، وإن كان بأمره فتبرع ابتداء لا انتهاء ، ولكن هذا يكفي لاعتبار قبوله مضراً به فلا يعتبر .

أما رضى المحال عليه . فقد قال الحنفية باشتراطه ، ولهذا إذا

انعقدت الحوالة بإيجاب المحيل وقبول المحال له وكان المحال عليه غائباً عن مجلس العقد ، كانت الحوالة موقوفة على رضى المحال عليه . والشيعة الإمامية اشترطوا لصحة الحوالة رضى المحال عليه أيضاً . واستثنى الحنفية من شرط رضى المحال عليه إحالة الزوجة بما استدانته نفقة لها بأمر القاضي على زوجها دون توقف على رضى الزوج ، ويلاحظ هنا أن للمحال له حق مطالبة المحيل بدينه قبل إعلان قبول ورضى المحال عليه ، لأن قبل هذا الحوالة لم تتم .

٣٢٢ — وعند الحنابلة لا يشترط رضى المحال عليه المدين للمحيل بما أحيل به عليه ، وهذا هو المشهور عند المالكية فالحوالة عندهم صحيحة حتى ولو لم يرض المحال عليه ، واستثنوا من ذلك حالة واحدة فقط اشترطوا فيها لصحة الحوالة رضى المحال عليه ، وهي فيما إذا كان بينه وبين المحال له عداوة سابقة على وقت الحوالة . أما الشافعية ، فعندهم ، إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل بما أحيل به عليه ، يعتبر رضى المحال عليه . ووجهة هذا الرأي أنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه في الحوالة كالمحتال ، إلا أن هذا الرأي ليس هو الراجح عندهم ، ذلك أن ما عليه المذهب أن الحوالة صحيحة بدون رضى المحال عليه ، وعللوا ذلك بأنه من قبيل تفويض المحال له بقبض الدين من المحال عليه فلا يعتبر رضاه كالتوكيل الصريح في قبضه ، وهذا بخلاف المحتال فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع .

ولكن الحنفية يردون على هذا التوجيه بأن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبضه ، لأنه ليس تصرفاً عليه بنقل الدين إليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب ، فلا يشترط قبوله ورضاه ، وبالاضافة إلى ذلك فإن الناس يتفاوتون في المطالبة شدة وسهولة فلا بد من رضى المحال عليه ليكون لزوم ضرر شدة المطالبة مضافاً إلى التزامه .

٣٢٣ — والذي نميل إلى ترجيحه أن رضى المحال عليه ليس شرطاً

لصحة الحوالة ، لأنه مدين للمحيل وعليه أن يؤدي دينه ولا تجوز المماطلة فيه ، فلا عليه إن أداه إلى المحال له ، وكون الناس يختلفون شدة وسهولة في المطالبة ليس كافياً لاشتراط رضاه لأنه يمكنه التخلص من شدة المطالبة بالمسارعة إلى أداء الدين وعدم المماطلة فيه ، أما إذا كان معسراً ، فالواجب إنظاره كما قال تعالى :

(فإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) .

وأيضاً فإن الحديث الشريف الذي ذكرناه عن أبي هريرة رضي الله عنه ليس فيه ذكر للمحال عليه ولا اشتراط رضاه . اما إذا كان المحال عليه غير مدين للمحيل فلا بد من رضاه كما قال الحنفية ، وقاله الشافعية ، وكذا المالكية باعتبار أن هذه المعاملة تصبح من قبيل الضمان أو الحمالة فلا بد من رضى الضامن .

٣٢٤ ــ ويشترط في المحال عليه أن يكون مديناً للمحيل بما أحال به عليه . وقد تكلمنا أو أشرنا إلى هذا الشرط عند كلامنا عن شروط المحيل فلا نعيده ، إلا أننا ننسبه هنا فقط إلى أن هذا الشرط عند غير الحنفية ، أما عند هؤلاء فليس بشرط .

رابعاً ــ شروط المحال بــه

٣٢٥ ــ قال الحنفية : القاعدة في شروط المحال به هي : كل ما تصح الكفالة به تصح الحوالة به ، وكل مالا تصح الكفالة به لاتصح به الحوالة أيضاً . ويستثنى من هذه القاعدة أن الكفالة بالمال المجهول تصح ، ولكن لاتصح الحوالة به ، فلو قال : أنا كفيل بما يثبت لك على فلان صحت الكفالة ، ولكن لو قال : قبلت الحوالة بما يثبت لك من فلان لم تصح الحوالة ، وكذلك لو قال : احتلت بما يثبت لي عليك من دين على فلان لم تصح الحوالة . وفي ضوء هذه القاعدة ، فلا بد في المحال به أن يكون ديناً لازماً معلوماً ، أما الحوالة بالعين فقد أشرنا من قبل أنها لاتصح ، لأن النقل الذي تضمنته الحوالة هو نقل

شرعي حكمي لايتصور في الأعيان المحسوسة لأن الذي يناسبه النقل الحسي أيضاً ، وإنما يجري هذا النقل الشرعي في الدين لأنه وصف شرعي اعتباري في الذمة فيجوز اعتباره منقولاً إلى ذمة المحال عليه .
أما غير الحنفية كالحنابلة والشافعية وغيرهم فقد اشترطوا إضافة إلى ثبوت الدين ولزومه ومعلوميته ، أن يكون دين المحال له في ذمة المحيل مثل دين الأخير في ذمة المحال عليه جنساً وصفة وقدراً ، وهذا فهم بناء على أن الشرط في صحة الحوالة وجود دين للمحيل في ذمة المحال عليه .

المبحث الثاني

أنواع الحوالة

تمهيد :

٣٢٦ ـ الحوالة أنواع فقد تكون مقيدة أو مطلقة ، مبهمة أو غير مبهمة ، لازمة أو جائزة ، كما أنها قد تكون فاسدة . ونذكر فيما يلي تعريفاً موجزاً لكل من هذه الأنواع .

٣٢٧ ـ الحوالة المقيدة : وهي التي قيدت بأن يكون ابقاء المحال به من الدين الذي للمحيل بذمة المحال عليه ، أو من المال الذي بيده للمحيل على وجه الأمانة . وتسمى الأولى الحوالة المقيدة بالدين ، وتسمى الثانية الحوالة المقيدة بالعين المودعة . أما إذا قيدت بالمال المضمون الذي للمحيل بيد المحال عليه كالمغصوب فيقال لها الحوالة المقيدة بالعين المضمونة . وفي حالة الحوالة المقيدة بالعين المودعة المضمونة إذا كانت من جنس الدين أجبر المحال عليه بتسديد المحال به منها ، وإن كانت من غير جنس الدين باعها المحال عليه وسدد من ثمنها المحال له .

٣٢٨ ـ الحوالة المطلقة : وهي التي لم تقيد بأن يجري إيفاء المحال به من المال الذي بذمة المحال عليه ، أو من المال المضمون أو غير المضمون الذي بيد المحال عليه . وهي مطلقة سواء كان للمحيل دين في ذمة المحال عليه أو عين في يده أو لم يكن له شيء من ذلك مادام المحيل لم يقيد الإيفاء بشيء معين .

٣٢٩ ـ الحوالة المبهمة : وهي التي لم يبين فيها تعجيل أو تأجيل المحال بـه ، ونظيرها في الكفالة الكفالة المطلقة .

٣٣٠ ـ الحوالة غير المبهمة : وهي التي بيّن فيها تعجيل أو تأجيل المحال به ، ونظيرها في الكفالة ، الكفالة المقيدة •

ويلاحظ هنا أن الحوالة المؤجلة تعتبر صحيحة سواء كان الأجل سارياً لأجل الدين الأصلي على المحيل أو أزيد منه أو أنقص، وكذلك لو كان الدين حالاً على المحيل فأحال به مؤجلاً على المحال عليه • بشرط أن يكون الأجل معلوماً في جميع الأحوال ، ولكن لاتضر الجهالة اليسيرة فيه •

٣٣١ ـ الحوالة اللازمة : وهي التي تمت مستوفية شروطها ولزم المحال عليه أداء المحال به على النحو الذي انعقدت عليه الحوالة دون انتظار شيء آخر ، كما لو أحاله على فلان بمائة دينار وقبل الحوالة المحال له والمحال عليه •

٣٣٢ ـ الحوالة الجائزة : وهي التي قيدت بأن يكون إيفاء المحال به من ثمن مال يعود إلى المحال عليه ، كما لو قيدت بأن يؤدي المحال عليه الدين المحال به من ثمن سيارة يملكها المحال عليه ، ففي هذه الحالة لايجبر المحال عليه على بيع سيارته لإيفاء الدين لأنه لايملك أحد إجبار الغير على ملك غيره ، وإنما له إجباره على الأداء إذا باع السيارة • وإنما جازت هذه الحوالة لأن الإيفاء فيها ممكن من حيث الجهة •

٣٣٣ ـ الحوالة الفاسدة : وهي التي قيد فيها الإيفاء بقيد لا يستطيع معه المحال عليه إيفاء المحال به ، كما لو انعقدت على أن يؤدي المحال عليه الدين من مال أجنبي ، فهذه حوالة فاسدة لايمكن تنفيذها لأن المحال عليه لاولاية له على مال الغير •

الفصل الثالث

أحكام الحوالة

٣٣٤ — (أولاً) براءة المحيل من دينه وبراءة كفيله إن وجد ، فلا يحق للمحال له بعد تمام الحوالة مطالبة المحيل ولا الرجوع عليه بدينه إلا في بعض الأحوال التي سنذكرها فيما بعد . وهذا هو القول المصحح في مذهب الحنفية وهو قول المذاهب الأخرى ، وقال الفقيه زفر من الحنفية : لايبرأ المحيل من الدين ، وحجته أن الحوالة كالكفالة، إذ أن كلاً منهما عقد توثيق ، والتوثيق يقتضي بقاء الدين في ذمة المحيل لا براءته منه . ولكن يرد على الفقيه زفر بأن الحوالة تعني النقل، والدين متى نقل عن ذمة المحيل لايبقى فيها . أما الكفالة فتعني الضم فيبقى الدين في ذمة المحيل . أما التوثق فيكون باختيار الأملأ والأسهل في أداء الدين .

هذا وإن براءة المحيل من الدين ، سواء قبض المحال له الدين من المحال عليه أو لم يقبضه ، لما قلناه من أن الحوالة تعني النقل والتحويل، وهذا المعنى إنما يتم بفراغ ذمة الأصيل . ويترتب على هذا الحكم ما يأتي:

آ — ليس للمحال له مطالبة المحيل بالدين ولا مطالبة ورثته إذا توفي قبل استيفائه الدين من المحال عليه حتى ولو تعذر استيفاء الدين من المحال عليه لغيابه أو مماطلته .

ب ــ إذا أبرأ المحال له المحيل بعد الحوالة من الدين ، أو وهبه إياه ، لم يصح إبراؤه ولا هبته •

ج ــ إذا أعطى المحيل للمحال له رهناً مقابل دينه الذي أجريت حوالته لايصح الرهن •

د ــ ثبوت ولاية المطالبة للمحال له على المحال به لأن الدين انتقل إلى ذمة الأخير •

هـ ــ لاتبطل الحوالة بوفاة المحال عليه وإنما يستوفي المحال له المحال به من تركة المحال عليه •

٣٣٥ ــ وفي الحوالة المقيدة ينقطع حق مطالبة المحيل بما له من دين في ذمة المحال عليه أو بما له من مال في يد المحال عليه إلى المحيل بعد إجراء الحوالة ، لأن أخذ هذا المال أو ذلك الدين يبطل حق المحال له فلا يجوز • وليس للمحال عليه أن يعطي ذلك المال أو الدين إلى المحيل بعد إجراء الحوالة المقيدة به ، وإذا فعل ذلك كان ضامناً لأنه يكون قد استهلك مالاً تعلق به حق المحال له ، ويرجع بعد ضمان على المحيل يعني بعد استيفاء المحال له مطلوبه من المحال عليه • وإذا لم يف الدين المحال به في الحوالة المقيدة بالدين فليس للمحال له أن يطلب ما يبقى له من دينه من المحال عليه •

وإذا كانت الحوالة مقيدة بالعين واستلمها المحال عليه وأدى من مال نفسه لايكون متبرعاً وله أن يرجع على المحيل •

٣٣٦ ــ في الحوالة المبهمة ، وهي التي لم يذكر فيها تعجيل المحال به أو تأجيله ، تتبع الحوالة صفة الدين من جهة التعجيل أو التأجيل ، لأن الدين يتحول إلى ذمة المحال عليه بصفته عند الأصيل ، وعلى هذا الأساس لايبطل الأجل بوفاة المحيل قبل تمام موعده ، ولكن

يبطل بوفاة المحال عليه ويصير الدين حالاً ، وسبب البطلان أن الأجل كان ترفيهاً للمدين ولنفعه كي يتاجر ويربح ويؤدي دينه ، وقد فات هذا كله بوفاته ، ولكن لو عاد الدين إلى المحيل فإن أجل الدين بالنسبة للمحيل يعتبر باقياً كما كان .

أما في الحوالة غير المبهمة فإن المحال عليه يطالب بالنظر للوصف الذي قيدت به من التعجيل أو التأجيل .

٣٣٧ ــ في الحوالة المطلقة يستمر حق المحيل في مطالبة المحال عليه بما عليه من دين أو بما في يده من مال إلى المحيل ، لأن الحوالة لم تتعلق بشيء من ذلك ، ولكن لو أدى المحال عليه الدين للمحال له سقطت مطالبة المحيل للمحال عليه لسقوط دينه قصاصاً ، وإن كان ما أداه أقل من دين المحيل سقط بقدره وبقي الباقي في ذمته للمحيل .

٣٣٨ ــ (ثانياً) ويثبت للمحال عليه حق الرجوع على المحيل بما أداه للمحال له في بعض الأحوال وعلى رأي بعض المذاهب كما سنذكره .

* * *

الفصل الرابع

انتهاء الحوالة

٣٣٩ ـ تنتهي الحوالة ويبرأ المحال عليه من الدين بأسباب :

آ ـ بالأداء سواء كان من المحال عليه أو من فضولي أو من المحيل نفسه ، أما المحال عليه فإنه مدين ويلزم المحال له قبول أدائه • وأما الفضولي سواء كان على حساب المحال عليه أو تبرعاً محضاً فإن الأداء منه صحيح وبه تبرأ ذمة المحال عليه ، ولكن لايجبر المحال له على قبول أدائه لأنه لايجبر على القبول إلا من مدينه ، وأما المحيل فإن له تعلقاً بالدين لأن ذمته في الحقيقة لم تفرغ تماماً من الدين عند الحنفية لاحتمال الرجوع عليه من قبل المحال له فكان له أن يؤدي الدين ولا يكون أجنبياً محضاً عنه ، ويلزم المحال له قبول أدائه ويكون للمحيل الرجوع بدينه الأصلي على المحال عليه • وعند الشافعية : لايرجع إلا إذا أذن المحال عليه له بالقضاء ، وحجتهم أن الدين قد انتقل بالحوالة فإذا أداه المحيل بلا إذن المحال عليه كان تبرعاً به كما لو أداه أجنبي •

٣٤٠ ـ ويقوم مقام الأداء إحالة المحال عليه للمحال بالدين على غيره • أو بإبراء المحال له المحال عليه ، أو بهبة المحال له المحال به ،

أو تصدقه به وقبول المحال عليه الهبة والصدقة(١٢٣) .

٣٤١ ــ إذا توفي المحال له وكان المحال عليه وارثه الوحيد ، لأنه لم يبق من يطالب المحال بالمحال له . وإذا كان المحال عين أحد ورثة المحال له برىء من الدين بمقدار حصته الإرثية فقط ومطالباً بحصص الورثة الآخرين .

٣٤٢ ــ بالإقالة . بأن يتقابل من عقد أو عقدوا عقد الحوالة ، لأن فيها معنى المعاوضة فكانت قابلة للفسخ بالإقالة . ومتى فسخت رجع الدين إلى ذمة المحيل وعادت مطالبة المحال له .

٣٤٣ ــ بالتوى أي بهلاك المحال به كما نبينه فيما بعد .

٣٤٤ ــ إذا كان للمحال له خيار شرط فاختار خلال مدة الشرط عدم المضي في الحوالة .

٣٤٥ ــ في الحوالة المقيدة ، إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة عن المحال عليه بسبب سابق على الحوالة ، كما لو أحاله بثمن المبيع على المشتري ثم ظهر مستحق للمبيع ، فالثمن يسقط عن المشتري ولا يلزم بالمحال به وتنتهي الحوالة ، وإذا كان قد أدى ثمن المبيع باعتباره محالاً به قبل الاستحقاق فله الرجوع على البائع أو على المحال

---

(١٢٣) ويلاحظ هنا أن إبراء المحال له المحال عليه لا يرتد بالرد وإن كان هذا الإبراء في الحقيقة كالهبة ، لأن فيه تمليكاً له ، لأن الدين انتقل إليه كما قلنا فكان القياس ان يرتد بالرد كالهبة ، ولكنهم قالوا : لايرتد وعللوا ذلك بتغليب جانب المطالبة باعتبار أنها هي المنظور اليها في حق المحال عليه ، فكان الإبراء إبراء عن المطالبة والإبراء منها اسقاط محض ، والساقط لايعود ولا يرتد بالرد .

له . وكذلك إذا هلكت الوديعة التي تقيدت الحوالة بها في يد الوديع بدون تعد منه أو تقصير فالحوالة تنتهي ، ولكن لو كان الهلاك بتعد من المحال عليه أو تقصير منه ، لم تنته الحوالة وعلى المحال عليه قيمتها يوم هلاكها إن كانت من القيميات ومثلها إن كانت من المثليات. وكذلك في حالة هلاك العين المغصوبة مطلقاً التي تقيدت بها الحوالة . ومثل الهلاك على النحو الذي بيناه ، استحقاق الوديعة أو المغصوب ، حيث تنتهي الحوالة ولا يلزم المحال عليه بشيء .

* * *

الفصل الخامس

حق الرجوع

المبحث الأول

رجوع المحال له على المحيل

رجوعه عند الحنفية :

٣٤٦ ــ قلنا في أحكام الحوالة : انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه وبراءة المحيل منه ، ولكن هذا الحكم ليس قطعياً عند الحنفية ، فقد يرجع المحال له على المحيل بالدين لعودة هذا الدين إلى ذمة المحيل في بعض الحالات ، ومن هنا أمكن القول بأن براءة المحيل من الدين إنما هي براءة مؤقتة ، لأنها مقيدة بشرط سلامة حق المحال له ، أي استيفاؤه الدين من المحال عليه . وإنما يعود الدين إلى ذمة المحيل ومن ثم يرجع المحال له عليه ويطالبه به بأحد وجهين :

الوجه الأول ــ توى الدين ، أي هلاكه ، لأن براءة المحيل ، كما قلنا عند الحنفية مشروطة بسلامة حق المحال له ، فإذا انعدمت السلامة زالت البراءة أيضاً ورجع المحال له على المحيل . ويحصل هلاك الدين عند أبي حنيفة بعجز المحيل والمحال له من اثبات الحوالة وتحليف المحال

عليه اليمين على أنه لم يقبل الدين حوالة عليه . كما يحصل هلاك الدين عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله تعالى بوفاة المحال عليه مفلساً ، أي بوفاته دون أن يترك مالاً يكفي لوفاء الدين المحال به ، ودون أن يكون له كفيل بهذا الدين . وعند أبي يوسف ومحمد يحصل التوى بما ذكره أبو حنيفة رحمه الله ، كما يثبت بسبب آخر وهو ثبوت عدم اقتدار المحال عليه على تأدية الدين ويحكم الحاكم بإفلاسه ، وحجة الإمامين في تسويغ هذا السبب أنه كجحود الحوالة والعجز بوفاة المحال عليه مفلساً .

الوجه الثاني ــ فسخ الحوالة وهو نوعان : (الأول) بالإقالة ، وذلك بفسخ المحال له والمحيل ، وبهذا يبرأ المحال عليه ، كما قلنا سابقاً ، ويرجع الدين والمطالبة إلى المحيل ، لأن في الحوالة معنى مبادلة مال بمال فتحتمل الفسخ والإقالة كالبيع والإجارة كما أشرنا إلى هذا سابقاً . (الثاني) الفسخ بخيار الشرط للمحال له ، فله أن يفسخ الحوالة بموجب الشرط ، وكذلك يكون الفسخ باشتراط المحال له بقاء حقه في الرجوع على المحيل متى شاء ، وهذا الشرط معتبر ، فله أن يأخذ الدين من المحال عليه ، أو من المحيل . أما إذا كان الشرط ، شرط الخيار ، إلى المحال عليه واستعمله في الوقت انفسخت الحوالة ورجع الدين إلى المحيل .

وفي الحوالة المقيدة يرجع الدين إلى المحيل فيرجع حق المطالبة للمحال له قبل المحيل على النحو الذي بيناه في الفقرة السابقة .

عند الحنابلة

٣٤٧ ــ وعند الحنابلة إذا تمت الحوالة بشروطها ولم يشترط المحال له يسار المحال عليه ، لم يرجع الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق ، أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك . وعن أحمد بن حنبل رحمه الله ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال

بذلك فله الرجوع على المحيل، إلا أن يرضى بعد العلم . وبهذا قال بعض الحنابلة ، لأن الفلس عيب في المحال عليه فكان لـه الرجوع كمـا لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ، ولأن المحيل غره فكان له الرجوع . فإن شرط المحال له ملاءة المحال عليه فبان معسراً رجع على المحيل ، لأن هذا الشرط معتبر لأنه في مصلحة العقد في عقد المعاوضة ، والحديث الشريف يقول « المسلمون على شروطهم » فيثبت للمحال له حق الفسخ لفوات الشرط كما لو شرط صفة في المبيع ، وقد يثبت بالشرط مـالا يثبت بإطلاق العقد بدليل جواز اشتراط صفة في البيع .

عند الشافعية

٣٤٨ ــ وعند الشافعية إذا أحاله على مليء فجحد الحق وحلف عليه أو أفلس لم يرجع المحال له على المحيل ، لأن حقه انتقل فسقط حقه في الرجوع ، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض . ولو أحاله على رجل بشرط أنه مليء فظهر أنه معسر فقد ذهب عامة الشافعية إلى عدم حقه في الرجوع ، لأن الإعسار وإن كان نقصاً فلا يثبت فيه الرجوع لأنه لو ثبت فيه، لثبت من غير شرط كالعيب في المبيع . وهذا هو المروي عن الشافعي رحمه الله تعالى . ولكن بعض الشافعية قال : له أن يرجع على المحيل كما لو باعه سلعة بشرط أنها سليمة من العيب فظهرت معيبة، ولكن قول عامة الشافعية خلاف هذا وحجتهم ما ذكرناه عنهم ، كمـا يستدل لقولهم بأن المحتال هو المقصر في حق نفسه ، إذ كـان عليه أن يختبر حال المحال عليه فإذ لم يفعل فليتحمل نتيجة تقصيره ، وأيضـاً فإن القياس على السلعة إذا ظهرت معيبة بعد الشراء قياس مع الفارق ذلك أن السلعة حق للمشتري فإذا وجدها ناقصة كان له الرجوع إلى الثمن ، وليس كذلك ذمة المحال عليه لأنها ليست نفس حق المحتال وإنما هي محل لحقه . فوجود الإعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان في

حقه وإنما يتأخر حقه ، ألا يرى أنه قد يتوصل إلى حقه من هذه الذمة الخربة بأن يوسر أو يستدين فيقضيه حقه بخلاف البيع إذا وجده معيباً .

عند المالكية

٣٤٩ ــ أما المالكية فقد وافقوا الحنابلة والشافعية على ما ذهبوا إليه من انتقال الحق إلى ذمة المحال عليه على وجه لا يرجع فيه إلى ذمة المحيل ، ولو جحد المحال عليه الحق بعد عقد الحوالة أو أفلس ، إلا أن يعلم المحيل بإفلاس المحال عليه دون أن يعلم المحال له بإفلاسه . فله في هذه الحالة الرجوع على المحيل لأنه غره .

عند الظاهرية

٣٥٠ ــ وقال الظاهرية : لا رجوع للمحال على المحيل بشيء مما أحاله به ، سواء استوفي الحق من المحال عليه أو لم يستوف ، أعسر المحال عليه أم لم يعسر ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره باتباع المحال عليه ولا يجوز له اتباع غيره ، فإن غره وأحاله على غير مليء ، والمحيل يعلم أنه غير مليء أو لا يعلم فهو عمل فاسد ، كما يقول ابن حزم ، وحق المحال له بات على المحيل كما كان أولاً لأنه لم يحله على مليء ولا تجوز الحوالة على غيره بنص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومذهب الشيعة الامامية قريب مما قلنا عن القائلين بعدم حق المحال له في الرجوع على المحيل حتى ولو افتقر المحال عليه بعد الحوالة .

٣٥١ ــ الراجح من هذه الأقوال :

بينا أدلة الجمهور غير الحنفية وهي في جملتها تقوم على أساس أن الحوالة بعد تمامها يتم بها انتقال الحق ، أو تنتهي علاقة المحيل بالمحال له ، كما في البيع ، وإنما يرجع في بعض الحالات عند الحنابلة

ومن وافقهم • وبعبارة أخرى أن المحال له ملك بالحوالة ما كان يملكه المحيل في ذمة المحال عليه ، وبهذا فرغت ذمة المحيل من الدين تماماً فلا سبيل لرجوع المحال له عليه أبداً •

أما حجة الحنفية ، فهي كما أشرنا ، أن براءة المحيل مقيدة بشرط ضمني هو سلامة حق المحال له ، ذلك أن الدين الذي انتقل إلى ذمة المحال عليه ليس بمال حقيقة وإنما يؤول إلى المال بعد قبضه ، فلا سبيل الى تملكه حقيقة وهو لايزال وصفاً شرعياً في ذمة المحال عليه ، وعلى هذا فالحوالة هي سبيل إلى استيفاء الحق وليست هي استيفاء الحق حقيقة وواقعاً ، فإذا لم يتحقق الاستيفاء بسبب التوى أو غيره من الأسباب على النحو الذي فصلناه ، لم تعد الحوالة سبيلاً للاستيفاء فيلزم رجوع الحق إلى ذمة المحيل • كما يستدل بقول الحنفية بما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً • فقال عثمان رضي الله عنه : يرجع المحال بحقه لاتوى على مال امرىء مسلم • وأيضاً فإن الحوالة عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين فكان للمحال له حق الفسخ والرجوع على المحيل، كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه •

وبالموازنة بين هذه الآراء ، يترجح عندنا عدم رجوع المحال له على المحيل إذا كان المحال عليه مليئاً وقت الإحالة ، لأن نص الحديث الذي رويناه عن أبي هريرة صرح باتباع المحال له للمحال عليه ولم يقيد ذلك بعدم إعسار المحال عليه بعد الإحالة ، ولأن الحوالة لها شبه بالمعاوضات ، وبالحوالة يكون المحال له قد بادله ماله في ذمة المحيل بما لهذا في ذمة المحال عليه ، فلا تنفسخ المعاملة بإعسار المحال عليه • أما ما رووه عن عثمان رضي الله عنه فهذا معارض بما روي عن علي رضي

الله عنه من أنه كان عليه دين لحزن جد سعيد بن المسيب فأحاله به فمات المحال عليه ، فأخبره فقال علي رضي الله عنه اخترت علينا أبعدك الله ، فأبعده علي رضي الله عنه بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع .

٣٥٢ ــ ويرجع المحال له على المحيل في الحوالة المقيدة بالعين المودعة عند المحال عليه إذا كان الهلاك بلا تعد منه ولا تقصير وكذا في استحقاقها أو استحقاق العين المغصوبة التي تقيد الإيفاء بها . وكذلك إذا سقط الدين عن المحال عليه الذي تقيدت به الحوالة وكان سقوطه بسبب سابق عليها رجع المحال له بدينه على المحيل .

❊ ❊ ❊

المبحث الثاني

رجوع المحال له على المحيل

٣٥٣ ــ يكون للمحال عليه الرجوع على المحيل إذا تحققت الشروط الآتية :

(آ) أن تكون الحوالة بأمر المحيل لأنه في هذه الحالة يكون مأموراً بقضاء ما هو واجب على المحيل الآمر ، فيملكه بالأداء فيكون له حق الرجوع ، لأن المأمور إذا قضى ما هو واجب على الأمر يملكه بالأداء بخلاف ما لو أدى بلا أمره •

(ب) أن يؤدي المحال عليه المحال به ، أو يهب المحال له المحال به إلى المحال عليه ، أو يتصدق به عليه ، أو يرث المحال عليه المحال له حصراً ، ففي هذه الحالات يملك المحال عليه الدين لأنها من أسباب الملك فيثبت له حق الرجوع عليه • ولكن لو ابرأه المحال له لم يكن له حق الرجوع لأنهم غلبوا في الإبراء معنى الإسقاط فيسقط الدين من الأصيل ولا يملكه المحال عليه فلا يثبت له حق الرجوع •

(جـ) أن لايكون للمحيل على المحال عليه دين مثله ، فإن كان لايرجع لأن الدينين التقيا قصاصاً •

٥٥٤ ــ ويرجع المحال عليه بما أداه إذا كان من جنس المحال به ، فلو كان المحال به مائة دينار فأداه المحال عليه رجع بما أدى ولو صالحه على بعضها وأبرأه المحال له من الباقي رجع بما أداه لأنه هو

الذي ملكه بهذا الأداء • ولكن لو أدى المحال عليه من غير جنس المحال به كما لو أدى سلعة عوضاً عن المحال به فإنه يرجع بالمحال به لابما أدى ، لأن رجوعه بحكم الملك ، وهو إنما يملك المحال به فيرجع بما ملك • وكذلك لو صالحه على خلاف جنس المحال به كأن صالحه عن الدراهم وهي المحال به على مال آخر فإنه يرجع على المحيل بكل الدين لأن الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمؤدى يصلح عوضاً على كل الدين •

٣٥٥ ــ وعند الشافعية والحنابلة ومن وافقهم لايرجع المحال عليه على المحيل لأن شروط الحوالة عندهم تماثل الحقين ، فإذا أداه المحال عليه تقاص الدينان فلا رجوع • ولكن لو كان المحال عليه غير مدين للمحيل بمثل المحال به • فإذا أداه المحال عليه بإذن المحيل رجع عليه بما أدى ، وإن أداه بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء ، وهذا مذهب الشافعية • وقال الحنابلة : إذا أحال على من لادين له عليه فهذه ليست حوالة ، لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وإنما هي معاملة اقتراض، فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض • ويفهم من هذا أن الحنابلة لايشترطون للرجوع في هذه الحالة إذن أو أمر المحيل •

الفصل السادس

الحوالة في القانون المدني العراقي

٣٥٦ ــ تكلم القانون المدني العراقي عن حوالة الدين في الباب الرابع تحت عنوان انتقال الالتزام وخصص لها الفصل الأول من المادة ٣٣٩ ــ ٣٦١ .

وقد عرف الحوالة بتعريف الجمهور لها فقال في الفقرة الأولى من المادة (٣٣٩) ١ــ «حوالة الدين هي نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه» ونصه على انتقال المطالبة مع الدين ليقطع أي احتمال لبقاء المطالبة أو الدين في ذمة المحيل . ثم بين أنها قد تكون مطلقة أو مقيدة على النحو الذي بيناه ، فقال في الفقرة ٢ ، ٣ من المادة (٣٣٩) ، ٢ ــ « وتكون مطلقة إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة غير مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو من العين التي له عنده وديعة أو مغصوبة أو أحال على شخص ليس له شيء عليه أو عنده » والقانون بهذا أخذ برأي الحنفية لأنهم لا يشترطون في المحال عليه أن يكون مديناً للمحيل بمثل المحال به ، ولا تقييدها بالدين الذي للمحيل على المحال عليه . وفي الفقرة الثالثة من هذه المادة نص القانون « وتكون معتبرة إذا أحال المدين بدينه غريمه على المحال

عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه ، أو من العين التي له عنده أمانة أو مغصوبة » •

٣٥٧ ــ وفي الفرع الأول من الفصل الأول تكلم القانون عن أركان الحوالة وشروطها فنص في الفقرة الأولى من المادة (٣٤٠) : ١ ــ « الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له » وهذا رأي أبي يوسف كما ذكرنا فلا يشترط عنده حضور المحال له مجلس العقد ، وإنما يشترط رضاه ، فتنعقد في غيبته موقوفة على قبوله ورضاه • وفي الفقرة ٢ من نفس المادة نص القانون: « وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً لقبول الحوالة ، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول اعتبر سكوت المحال رفضاً للحوالة » • أما تحديد الأجل لقبوله ، فسائغ لأنه لا يسوغ ابقاء الحوالة موقوفة إلى أمد طويل • أما اعتبار السكوت رفضاً فلأن القاعدة تقول السكوت في معرض الحاجة بيان ، ولما كان المحيل والمحال له قد حددا له أجلاً للقبول فهذه قرينة على إرادة القبول الصريح فإذا سكت فلا يحمل إلا على الرفض •

٣٥٨ ــ وجاء في المادة (٣٤١) : « يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه ، ويلزم المحال عليه بالأداء ، ولكن ليس له الرجوع على المدين الأصلي إلا إذا أقر المدين الحوالة » وهذا بدافع رأي الحنفية ، وعلى وجه الدقة المشترطين رضى المحيل باعتبار أن هذا الشرط لإمكان الرجوع عليه من قبل المحال عليه •

وجاء في المادة (٣٤٢) : « يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له وإلا فهي وكالة » وهذا يوافق فقه المذاهب المختلفة ، كما بينا •

٣٥٩ ــ واقتبس القانون القاعدة التي قررها الفقه الحنفي فيما تصح الحوالة به من الديون فنص في المادة(٣٤٣): «كل دين تصح الكفالة به تصح به الحوالة بشرط أن يكون معلوماً » واشتراط أن يكون معلوماً هو في الحقيقة استثناء من قاعدة كل دين تصح الكفالة به تصح به الحوالة ، وقد أدرجها القانون مع القاعدة ، وهذا حسن •

٣٦٠ ــ وفي المادة (٣٤٤) نص القانون على جواز إحالة المستحق في الوقف دائنه حوالة مقيدة باستحقاقه على متولي الوقف بشرط أن تكون غلة الوقف متحصلة في يد المتولي وقبل الحوالة • ويلاحظ على هذه المادة أنها اشترطت قبول المحال عليه ، وهو هنا متولي الوقف ، وهذا مذهب الحنفية ، إذ أن غيرهم لايشترطون هذا الشرط • أما إذا لم تكن غلة الوقف متحصلة في يد المتولي فلا تصح الحوالة • وهذا واضح لأن الحوالة المقيدة بالمال يجب أن يكون المال موجوداً فعلاً ، كما أن استحقاق المستحق لايتبين مقداره قبل تحصيل الغلة فعلاً ، والشرط في المحال به أن يكون معلوماً كما قلنا وكما أخذ به القانون •

٣٦١ ــ وفي المادة (٣٤٥) أجاز القانون للأب أو الوصي قبول الحوالة على الغير إن كان فيها خير للصغير ، والخيرية تثبت فقط إذا كان المحال عليه أملأ من المحيل • وهذا هو المقرر في الفقه ••

٣٦٢ ــ وفي الفرع الثاني تكلم القانون عن أحكام الحوالة فتكلم أولاً عن هذه الأحكام بالنسبة للعلاقة ما بين المحال له والمحال عليه في المواد من ٣٤٦ ــ ٣٥٦ •

فنص على براءة المحيل من الدين ومن المطالبة معاً ، وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه ، وذلك في المادة (٣٤٦) • ونصها : « إذا قبل المحال له الحوالة ورضي المحال عليه بها برىء المحيل من

الدين ومن المطالبة معاً ، وثبت للمحال له حق مطالبة المحال عليه » والدين الذي على المحيل يتحول على المحال عليه بالصفة التي كان عليها على المحيل فقد نصت المادة (٣٤٧) : « يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل ، فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة ، وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة » . وفي المادتين (٣٤٨ ، ٣٤٩) . تكلم القانون عن ضمانات الدين المحال به من رهن أو حق حبس المبيع فنص على بقائها بالنسبة للمرتهن والبائع . والواقع أن بقاء الرهن في حق المرتهن مع قبوله حوالة الدين لا وجه له فإن الرهن كان بدين الراهن فإذا انتقل إلى المحال عليه لم يبق حق للمرتهن في حبسه بدين المحيل الذي انتقل إلى المحال عليه . أما بالنسبة لحق الحبس فبقاؤه بالنسبة للبائع له وجهة ، أما بقاء الكفالة بالدين المحال به بشرط رضى الكفيل فقول سائغ . وكذلك في مسألة الدفوع التي يتمسك بها المحال عليه قبل المحال له والتي كانت للمحيل ، فسائغ أيضاً .

٣٦٣ — وفي المادة (٣٥٠) نص على براءة ذمة المحال عليه من الدين بأداء المحال به أو بما يقوم مقام الأداء من إحالة أو إبراء أو هبة ونحو ذلك .

وجاء في المادة (٣٥١) « إذا مات المحال عليه مديناً يقسم ماله بين الغرماء وبين المحال له بالحصص ، وما بقي للمحال له بعد القسمة يرجع به على المحيل إذا كان له حق الرجوع » وهذا هو المقرر في الفقه الحنفي خلافاً للفقيه زفر حيث قرر للمحال له حق امتياز وأولوية في مال المحال عليه الذي قيد الإيفاء به في الحوالة المقيدة . كما أن حق الرجوع هو المقرر في الفقه الحنفي في حالة هلاك الدين أو بعضه وهذا ما قررته هذه المادة .

٣٦٤ ــ نصت المادة (٣٥٢) : « إذا اشترط المحيل في الحوالة أن يبيع المحال عليه عيناً مملوكة للمحيل ويؤدي الدين المحال به من ثمنها وقبل المحال عليه الحوالة بهذا الشرط صحت الحوالة ولا يجبر المحال عليه على الدفع قبل البيع ، ويجبر على البيع وتأدية الدين من الثمن » وهذه المادة مستقاة من الفقه الحنفي .

٣٦٥ ــ وتكلمت المادة (٣٥٣) عن سقوط الدين الذي تقيدت به الحوالة فنصت على بقاء الحوالة ما دام سقوطه كان بأمر عارض بعد الحوالة . أما إذا سقط الدين الذي قيدت به الحوالة بأمر سابق عليها وتبينت براءة المحال عليه منه فإن الحوالة تبطل كما في حالة استحقاق المبيع . وهذه المادة مستقاة من الفقه الحنفي . وإذا أدى المشتري المحال عليه ثمن المبيع المحال به عليه قبل استحقاق المبيع فهو بالخيار إن شاء رجع على المحال له القابض ، وإن شاء رجع على المحيل وهذا ما نصت عليه المادة (٣٥٤) وهي مستقاة من الفقه الحنفي .

٣٦٦ ــ وتكلمت المادة (٣٥٥) عن انتهاء الحوالة المقيدة بالعين المودعة عند المحال عليه ، فنصت على أن هلاكها بلا تعد ولا تقصير مبطل للحوالة وكذا استحقاقها ، أما هلاكها بتقصير الوديع أو تعديه فلا يبطل الحوالة . وهذا هو المقرر في الفقه الحنفي . وفي المادة (٣٥٦) نصت المادة على أن هلاك المغصوب في يد المحال عليه لايبطل الحوالة ، أما استحقاقها فمبطل لها ويعود الدين على المحيل . وهذا ما قرره الفقه الحنفي .

٣٦٧ ــ وفي المادة (٣٥٧) نص القانون على الحالات التي يرجع فيها المحال له بدينه على المحيل ، وهذه الحالات هي اشتراطه خيار الرجوع أو بطلان الحوالة المقيدة بسقوط الدين ، أو هلاك العين أو

استحقاقها على الوجه المذكور في المواد السابقة • أما تعذر الاستيفاء من المحال عليه أو تفليسه ولو بأمر من المحكمة فلا يوجب بطلان الحوالة وعودة الدين على المحيل • وهذه الأحكام في جملتها مستفادة من الفقه الحنفي سوى أن القانون لم يصرح بحق المحال له بالرجوع عند هلاك الدين بموت المحال عليه مفلساً ، أو بجحود المحال عليه الحوالة وعجز المحيل والمحال له اثباتها • والظاهر أن القانون لا يأخذ بهذين السببين ولا يعطي المحال له حق الرجوع على المحيل •

٣٦٨ ـ وفي المواد (٣٥٩ ، ٣٦١) تكلم القانون عن أحكام الحوالة بالنسبة للعلاقة ما بين المحال عليه والمحيل ، وشروط رجوع المحال عليه على المحيل ، وانقطاع حق المحيل في مطالبة المحال عليه بالدين الذي له في ذمته أو بالعين التي في يده إذا تقيد الإيفاء بهما ، كما لايجوز للمحال عليه أن يدفع ما تعلقت به الحوالة المقيدة من دين أو عين إلى المحيل • وهذه الأحكام مستقاة من الفقه الحنفي •

* * *

الفهرســـت

القســـم الأول

المقـــدمـــة

الفصل الأول

التعريف بالفقــه والفقه المقــارن

الفصل الثاني

مدى امكان وقوع الاختلاف بين البشر

الفصل الرابع

أسباب الاختلاف المذموم

الفصل الخامس

أسباب الاختلاف السائغ المقبول

المبحث الأول

تفسير القرآن الكريم

المبحث الثاني

السنة النبوية الشريفة

المبحث الثالث

الاجماع

المبحث الرابع

الاجتهاد

الفرع الأول

القياس

الفرع الثاني

الاستحسان

الفرع الثالث

المصلحة المرسلة

الفرع الرابع

سد الذريعة

الفصل السادس

موقفنا من الاختلاف والمختلفين

القسم الثاني

الباب الأول

الكفالة

الفصل الأول

تعريف الكفالة

الفصل الثاني

انعقـاد الكفالـة

المبحث الأول

ركن الكفالـة

المبحث الثـاني

صيغة الكفالـة

المبحث الثـالث

انواع الكفالـة

الفصل الثالث

المبحث الأول

شروط الكفيل

المبحث الثاني

شروط المكفول عنه

المبحث الثالث

شروط المكفول لـه

المبحث الرابع

شروط المكفول به

الفصل الرابع

أحكـام الكفالـة

الفصل الخامس

انتهاء الكفالـة

الفصل السادس

رجوع الكفيل على المكفول عنه

الباب الثاني

الحوالة

الفصل الأول

في تعريفها ومشروعيتها وركنها

الفصل الثاني

شروط الحوالة وانواعها

المبحث الأول

شروط الحوالة

المبحث الثاني

أنواع الحوالة

الفصل الثالث

أحكام الحوالة

الفصل الرابع

انتهاء الحوالة

الفصل الخامس

حق الرجوع

المبحث الأول

رجوع المحال له على المحيل

المبحث الثـاني

رجوع المحال عليه على المحيل

الفصل السادس

الحوالة في القانون المدني العراقي

* * *

كتب وبحوث للمؤلف

١ ـ أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام

٢ ـ الوجيز في أصول الفقه

٣ ـ المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية

٤ ـ الفرد والدولة في الشريعة الاسلامية

٥ ـ احكام اللقيط في الشريعة الاسلامية

٦ ـ أثر القصود في التصرفات والعقود بحث نشر في مجلة كلية الدراسات الاسلامية العدد الثاني سنة ١٩٦٨

٧ ـ اللقطة واحكامها في الشريعة الاسلامية بحث نشر في مجلة القانون المقارن العراقية العدد الثاني سنة ١٩٦٨

٨ ـ حالة الضرورة في الشريعة الاسلامية بحث نشر في مجلة كلية الدراسات الاسلامية العدد الثالث سنة ١٩٧٠

٩ ـ الشريعة الاسلامية والقانون الدولي العام بحث قدم الى الحلقة الثالثة للبحوث في القانون والعلوم السياسية المنعقدة في بغداد سنة ١٩٦٩ ونشر في مجلة كلية الدراسات الاسلامية العدد الثالث سنة ١٩٧٠.

١٠ ـ أصول الدعوة

١١ ـ الاختلاف في الشريعة الاسلامية بحث نشر في مجلة كلية الدراسات الاسلامية العدد الرابع سنة ١٩٧٢

١٢ ـ عقيدة القضاء والقدر وأثرها في سلوك الفرد بحث نشر في مجلة كلية الدراسات الاسلامية العدد الخامس ١٩٧٤

١٣ ـ العقوبة في الشريعة الاسلامية .

عشر ليرات لبنانية
أو ما يعادلها

١٣٩٥ هـ
١٩٧٥ م